J. pract.
345/23

J. pract. Lang
345 (23
<36621771570019
<36621771570019
...iothek

Ueber
die Einrede
des
nicht erfüllten Contracts.

Eine Inaugural-Abhandlung

von

Alexander Lang,
der Philosophie und beider Rechte Doktor.

Regensburg.
Bei Friedrich Pustet.

1829.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorwort.

Lange war ich zweifelhaft und unentschieden über die Wahl eines für meine Inaugural-Abhandlung geeigneten Stoffes. Zuletzt blieb ich bei der exceptio non adimpleti contractus stehen, theils, weil ich wünschte, einen nicht allzu reichhaltigen und weitläufigen Stoff als ersten Versuch wissenschaftlich zu bearbeiten, theils, weil die praktische Wichtigkeit und das häufige Vorkommen dieser exceptio im Leben mir auffiel, und wohl auch erklärlich war.

Ich ging mit Liebe und Eifer an die Ausarbeitung dieses Themas; bald aber mußte ich wünschen, einen noch speziellern Punkt der Rechtswissenschaft zur Behandlung gewählt zu haben, da ich nur zu bald die Erfahrung machte, wie wenig Möglichkeit vorhanden sey, eine, auch nur einigermaßen tüch-

tige Arbeit zu Stande zu bringen, wenn die Zeit, die dazu bestimmt ist, nur aus einzelnen, andern Geschäften mühsam abgesparten Stunden besteht. Dieß aber im Bewußtseyn der vielen Mängel meines Versuchs zur Entschuldigung anführend, wünsche ich nur rücksichtlich des Büchleins nachsichtige Aufnahme und freundliche Belehrung.

Erlangen im August 1828.

Dr. Lang.

Inhaltsanzeige.

Einleitung §. 1.

A. Historische Entwicklung des Rechts der Versagung der Leistung vor Empfang der Gegenleistung bei zweiseitigen Verträgen, (§. 2 — 5) und zwar

1. Aeltestes römisches Recht. Gründe des Nichtvorhandenseyns besagter Befugniß:
   a. Geringe Anzahl der klagbaren Verträge,
   b. Strenge des Rechts,
   c. Art der ältesten Rechtsverfolgung. (§. 2.)
2. Zeit der allmähligen Vermehrung klagbarer Obligationen — Innominatcontrakte, pacta. (§. 3.)
3. Consensualverträge als eigentlicher Sitz der exceptio non adimpl. contract. — Canonisches, deutsches Recht. (§. 4.)

B. Vom Wesen der s. g. exceptio non adimpleti contractus (§. 5 — 16) und zwar:

I. Ueber die Behauptung, sie sey eine wahre exceptio, (§. 5. — 13) und zwar:
   1. Heerwarts Ausführung dieser Ansicht. (§. 5.)
   2. Widerlegung derselben durch
      a. Untersuchung des Begriffs exceptio und Vergleichung desselben mit der exceptio non adimpleti contractus, (§. 6 — 10) und zwar:
         1. Nach römischem Rechte (§. 7. und 8.)
            α. Durch Untersuchung der Merkmale des Begriffs exceptio, (§. 7.)
            β. Durch Betrachtung hieher gehöriger Gesetzesstellen. (§. 8.)
         2. Nach heutigem Rechte. (§. 9.)

b. Durch Vergleichung der exceptio non adimpleti contractus mit dem Retentionsrechte (§. 10 und 11.)

α. in seinem Wesen, (§. 10.)

β. in seinen Wirkungen (§. 11.)

II. Ueber die Behauptung, die except. non adimpl. contractus sey Abläugnung eines Theils des Klagegrundes, (§. 12 — 16.) und zwar:

a. Versuch einer Begründung dieser Meinung aus dem Wesen der except. non adimpl. contr. als einer Conditio tacita (§. 13.)

b. Begründung aus dem Begriffe des Klagegrundes. (§. 14.)

c. Widerlegung entgegen gesetzter Ansicht. (§. 15.)

C. Folgerungen aus der bisherigen Ausführung (§. 16 u. 17.)

Einleitung.

§. 1.

Ehe Böhmer [1]) und später Weber [2]) die früher in allen Lehrbüchern des gemeinen Civilrechts und des Prozesses verbreitete Meinung verbannte, daß der Beweis einer Einrede, wenn sie auf einer Negative beruht, dem Beklagten nicht aufzubürden sey, war ziemlicher Friede rücksichtlich der exceptio non adimpleti contractus [3]) in der Juristenwelt; denn es fand sich bei der besagten exceptio, so lange man der alten Meinung anhing, rücksichtlich des Beweises weder eine wirkliche noch angebliche Unregelmäßigkeit. Seit der Einführung dieser Neuerung aber mußte man, woferne man bei zweiseitigen Verträgen den Beweis der vorgängigen Erfüllung oder des Anerbietens der Erfüllung von Seiten des Klägers fortwährend letzterm aufbürden wollte, sich nach andern Gründen hiefür umsehen. Dieß geschah auch; und es wurde die Ansicht ziemlich allgemein, es sey besagte Einrede keine wahre Einrede,

1) J. H. Böhmer J. E. P. lib. II. tit. 19. §. 3 — 13.

2) Verbindlichkeit zur Beweisführung. S. 196, folg.

3) Ueber deren Begriff sehe man Thibaut System d. Pand. §. 169; vorzüglich Glück, Com. XVII. S. 228.

Wahl diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti. Goetting. 1751. 4. §. 20.

Schwederi conclusiones selectae de except. non adimpl. contr. Tubing. 1688. 4. §. 1.

Wehren de except. non adimpl. Contr. Erfurt. 1790. §. 3.

sondern die Abläugnung eines zum Klagegrund gehörigen Thatumstandes [1]). Erst Heerwart [2]) erklärte sich dagegen, theils aus exegetischen Gründen, theils deswegen, weil wenn diese Einrede Abläugnung eines Theils des Klagegrundes wäre, die Erwähnung geschehener Leistung des Klägers als wesentlicher Theil in das Klaglibell gehöre, dieses also angebrachter Massen abzuweisen sey, wenn es der vorgängigen Erfüllung von Seite des Klägers nicht Erwähnung thue. Eine solche Abweisung finde sich aber nirgends gesetzlich ausgesprochen. Es finde auch rücksichtlich des Beweises bei der exceptio non adimpleti contractus, wenn man sie als wahre Einrede gelten lasse, keine Besonderheit statt; es müsse sie vielmehr Beklagter, wie jede andere Einrede beweisen. [3]) Inconsequent ist es auch gewiß, etwas, was keine exceptio ist, dennoch als solche gelten zu lassen. Allein die Praxis hat sich einmal ziemlich fixirt und angenommen, daß, wenn Kläger bei zweiseitigen Verträgen im Libell der vorhergeschehenen Vertrags-Erfüllung oder des vorgängigen Anerbietens, erfüllen zu wollen, nicht erwähnt habe, dieser Mangel nur durch eine Einrede gerügt werden dürfe, wobei aber der Beweis der bereits geschehenen Leistung vom Kläger zu führen sey. [4]) Theoretisch aber läßt sich gewiß für die Abweisung des Klägers angebrachter Massen in Fällen, wo diese s. g. ex-

1) Arch. f. d. civ. Prax. a. a. O. S. 336. Not. 5; außerdem noch Brunnemann ad. l. 13. §. 8. de. A. E. u. Cocceji I. C. XIX. tit. 1. qu. 1. Nro. 3. tit. 1. qu. 3. Künhold de usu except. non adimpl. contr. haed. §. 18.

2) Arch. f. d. civ. Prax. a. a. O.

3) Man sehe unten §. 17.

4) Thibaut Syst. §. 169. v. Wening-Ingenheim. Lehrb. des gem. Civ. Rts. 2te Aufl. B. III. §. 33. Glück Com-

ceptio sich entgegen setzen läßt, manches sagen. Ja, Gensler [1]) läßt sogar stets in diesem Falle diese Abweisung zu. Nur frägt sich's: Was sind die Bedingungen einer solchen Abweisung? und sind sie in den Fällen dieser Einrede auch wirklich erfüllt?

Die Bedingungen der Abweisung lassen sich leicht angeben. Die Untersuchung über das Wesen dieser s. g. Einrede zum Behuf der Feststellung des zweiten Fragpunktes bedarf aber genauerer Erörterung.

XVII. S. 229. Voet. Com. lib. XIX. tit. 1. Nro. 23. Brunnemann ad leg. 13. §. 8. de A.E. Mev. VIII. decis. 317. Schweder diss. cit. §. 26. Künhold diss. l. c.

1) Anleitung zur gerichtlichen Prax. S. 315. Not. 57.

A. Historische Entwickelung

des

Rechts der Versagung der Leistung vor Empfang der Gegenleistung bei zweiseitigen Verträgen.

§. 2.

1. Aeltestes römisches Recht.

Der ältesten Zeit römischen Rechts war offenbar die Befugniß des Beklagten zur Versagung der ihm obliegenden Leistung bis zum Empfang der Gegenleistung oder Anbietung derselben fremd, mag man nun die Behauptung des Beklagten, daß ihm diese Befugniß zustehe, Abläugnung eines Theils des Klagegrundes, oder exceptio nennen. Der Grund der Ausschließung derselben lag wohl zunächst in der Beschränkung der Zahl der klagbaren Verträge überhaupt, und nicht weniger in der großen Strenge, welche das älteste römische Recht charakterisirt.

Was die Wirkung der großen Beschränkung der Klagbarkeit der Verträge betrifft, so ist bekannt, daß zum Wesen und zur Entstehung eines Contrakts, als der früher allein Zwang begründenden Art, sich zu obligiren, eine causa civilis gehörte. Wenn es nun deren auch vier im römischen Rechte gibt, so waren doch in ältester Zeit bestimmt nicht alle vier als Contrakts-Formen gebräuchlich; sondern man kannte nur das Geben und die verba als

Grund der Klagbarkeit eines Vertrags, oder wohl gar das Geben [1]) als ursprünglich einzige und alleinige Causa civilis. Nimmt man das letztere an, so ist ein Retentions-recht ob non impletum contractum schon deswegen nicht denkbar, weil diese älteste Vertrags-Art sich als eine einseitige darstellt [2]), die genannte Befugniß des Beklagten aber gerade das Bedingtseyn der Leistung des Beklagten durch die Zuerstleistung des Klägers voraussetzt [3]). Schon der Umstand, daß bei einer solchen Vertragsart der Contrakt erst durch die Leistung des Klägers entsteht, mit dem Contrakt selbst daher erst eine Verbindlichkeit des Beklagten denkbar wird, zerstört die Idee eines Retentionsrechts des Beklagten, da vor der Leistung Klägers für letztern selbst gar kein Recht und also keine Klage vorhanden ist. [4]) War in der ältesten Zeit auch der Fall möglich, verbis Obligationen einzugehen, so scheint auf keinen Fall diese Art noch eine selbstständige, sondern vielmehr eine mit Geben verbundene gewesen zu seyn [5]), so, daß also der hiedurch auch dem Verbalkontrakte mitgetheilte Charakter der Einseitigkeit das Vorhandenseyn unserer exceptio non adimpleti contractus, ihrem materiellen Inhalte nach, auch bei dieser Art begründeten Zwangsrechten unmöglich machte. In Folge der Zeit wurden freilich die obligationes verbis initae selbstständige Contrakts-Art. Aber auch als sie es waren, und wenn man sie auch schon in der frühern Zeit als selbstständig annehmen will, ist die Existenz der Befug-

---

1) Hugo Rechts-Gesch. S. 247. Not. 2.

2) Thibaut Syst. a. a. O. Heerwart im Arch. a. a. O. S. 339.

3) Thibaut a. a. O. Wehren diss. cit. §. 1.

4) Arch. f. d. civ. Prax. a. a. O. S. 338.

5) Hugo 246.

niß des Beklagten zu Versagung seiner Leistung ob non secutum implementum nicht glaublicher.

Jedes entstehende Volk hat nur wenige Gesetze; diese wenigen Gesetze aber sind streng. Dies lehrt die Geschichte aller Völker. So auch bei den Römern. So wie der Vertrag vollkommen ist, (und dies war er, so wie er re oder verbis contrahirt war [1]), gewährt er Klage [2]), wenn nur das natürliche Erforderniß jeder Klage, Rechtsverletzung [3]) durch mora vorhanden ist. War im Vertrage Zeit der Leistung bestimmt, so trat mit Ablauf der Zeit [4]), in allen andern Fällen mit der Interpellation durch den Gläubiger [5]) mora des Beklagten ein, und es konnte sofort geklagt werden, ohne Rücksicht darauf, ob eine Gegenleistung durch den Vertrag zur Pflicht gemacht wurde, und dadurch Beklagter ein, ohnehin an sich klagbares, Recht erhielt. Die Strenge des Rechts war so groß, daß der Richter nur schlechthin auf das sprechen konnte, was die Partheien sich im Vertrage versprochen hatten; und diese mußten leisten, selbst bei vorhandener Arglist von Seiten des andern Theils [6]). Diese Strenge fand aber auch statt, nachdem zu den obligationibus, quae re et verbis contrahuntur, in der Folge der Zeit contractus durch literae und durch consensus hinzukamen. Und sie liegt auch vollkommen in

1) Hugo a. a. O.

2) Thibaut Syst. 163 und 164.

3) Linde Lehrb. des Civ. Przß. §. 152. v. Gönner Handb. I. 6. §. 7. a. E. II. 26. §. 10. IV. 76. §. 4. Arch. f. d. civ. Prax. IV. S. 313. a. E. L. 13. 14. 62. D. de judiciis. (5. 1.)

4) Thibaut Syst. §. 103. Arch. f. d. civ. Prax. VI. Bd. Nr. 2.

5) L. 10. C. de pignor. et hypoth. (8. 14.)

6) De Tigerström de judicibus Roman. Berol. 1826. pag. 112. Gaj. IV. 116 vergl. mit IV. 105.

der Natur der Sache [1]). Denn aus jedem Vertrage entstehen selbstständige Ansprüche des Berechtigten, bei dem zweiseitigen Contrakte selbstständige Ansprüche beider Contrahenten, und es ist zunächst kein Grund vorhanden, warum, wenn der eine Contrahent seiner Pflicht nachzukommen versäumte, der andere zu gleicher Pflichtverletzung berechtigt seyn sollte. Diese Grundsätze müßten aber vor allen bei der Obligatio verbis inita eintreten. Immer konnte bei den Formular-Geschäften am wenigsten von dem, was verbis strictis bestimmt war, abgewichen werden. Die Stipulations-Form war die genaueste und strengste, so daß auch Cicero von einer angustissima formula stipulationis spricht. Und ergäbe sich diese Strenge auch nicht schon aus den Eigenschaften der Verbalcontracte, so wäre doch zu berücksichtigen, daß die Gesetze [2]) nur bei Consensualverträgen von der Befugniß des Beklagten zur Versagung der Leistung bis zum Empfang oder Anerbieten der Gegenleistung sprechen, ohne mit einem Worte der andern Arten von Verträgen zu gedenken.

Als dritter Grund für die Nichtexistenz genannter Befugniß des Beklagten erscheint überhaupt die Art der ältesten Rechtsverfolgung von Seite des Beklagten. Jetzt kann Beklagter gegen den auf Erfüllung dringenden Kläger auf zweierlei Weise sich schützen, nämlich durch Läugnung des Rechts des Klägers zu klagen, oder durch Einrede. Weder durch das erste, noch durch das zweite Mittel aber läßt sich vom Beklagten die Befugniß der

---

1) Arch. f. d. civ. Prax. VII. S. 340.

2) L. 11. §. 2. L. 13 §. 8. L. 25. de act. emti et vend. (19. 1.) L. 22. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.) L. 5. §. 4. D. de doli except. (44. 4.) L. 5. C. de victionibus. (8. 45.)

Nichtleistung vor empfangener oder angebotener Gegenleistung in der ältesten Zeit geltend machen.

Was das erste Mittel betrifft, so besteht dasselbe darin, daß entweder die Existenz des Vertrags, oder dessen Gültigkeit oder das Vorhandenseyn der Rechtsverletzung [1]) in Abrede gestellt wird. Eine Abläugnung der beiden ersten Punkte enthält ohnehin die oftgenannte Befugniß des Beklagten nicht, kommt mithin gar nicht in Betracht. Von der Abläugnung der Existenz der Rechtsverletzung im Falle der s. g. exceptio non adimpleti contractus aber kann so lange noch keine Rede seyn, als auch bei zweiseitigen Consensual-Verträgen die einfache Interpellation noch hinreicht, um Beklagten in mora zu versetzen. Denn so lange diese genügt, ist Beklagter vom Augenblick der Mahnung an, ohne Rücksicht auf eine ähnliche Verpflichtung Klägers, wie schon oben erwähnt wurde, sofort zu Erfüllung verbunden; und läugnet er das Vorhandenseyn der mora, so kann der Kläger leicht durch den Beweis der bereits abgelaufenen Zeit in Fällen, wo eine Zeitbestimmung im Contrakt selbst den Anfang der mora bestimmt, oder durch den Beweis der von ihm dem Beklagten geschehenen Interpellation, das Abläugnen, entkräften.

Eben so wenig läßt sich für die älteste römische Zeit die exceptio non adimpleti contractus als Einrede denken.

Es sagt nämlich schon Gajus [2]): Alia causa fuit olim legis actionum — — nec omnino ita, ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Diese Worte sind bedeutend; denn sie sagen: es gab zur Zeit der Legisactio-

---

1) Linde Lehrb. des Civ. Pzß. §. 152.

2) Gajus IV, 108.

nen gar keine Exceptionen [1]). Mit dieser Behauptung fällt aber nothwendig die Existenz einer exceptio non adimpleti contractus hinweg. Die Gründe für die Annahme des Nichtvorhandenseyns von Exceptionen ergeben sich leicht. Außer der oben allegirten Stelle aus Gajus sagt derselbe Klassiker [2]): ehemals hätte es auch Präscriptionen [3]) für den Beklagten gegeben, jetzt seyen sie aber zu Exceptionen umgewandelt worden, zum klaren Beweise, daß die Exceptionen ein Erzeugniß spätern Rechtes sind. Dazu kommt noch, daß die Exceptionen allenthalben ein Produkt der Billigkeit genannt werden, gegen die Regel des strengen Rechts eingeführt [4]). Daß die Billigkeit aber dem alten Rechte fremd war, ist schon oben erwähnt, und gehet daraus hervor, daß erst das Prätorische Recht [5]) die Billigkeit dem strengen bürgerlichen Rechte entgegen stellte.

Da erst entstanden Exceptionen, als die Römer, der alten Strenge abhold, ein billigeres und vernunftgemäßeres Recht bedurften und verlangten, und dem Prätor [6]) war es vorbehalten,

---

1) Heffter Inst. des Civ. Prz. S. 94. de Tigerström. l. c.

2) Gaj. IV. 133. „Olim autem quaedam (sc. praescriptiones) et pro re opponabantur, qualis illa erat praescriptio: ea res agatur, quod praejudicium hereditati non fiat: quae nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere judicii praejudicium hereditati faciat.

3) Ueber ihren Begriff sehe man Gaj. IV. 131.
Heffter Institutionen des Civ. Prz. S. 97.

4) Gaj. IV. 116. pr. I. de except. (4. 13.) §. 1. I. eod. L. 12. D. de dol. except. (44. 4.) L. 66. D. de Reg. Jur. (50. 17.)

5) Heffter Instit. S. 96.

6) de Tigerström l. c.

zuerst gewisse allgemeine [1]) Einreden zu beachten, deren Nichtberücksichtigung allzusehr mit der natürlichen Billigkeit in Conflickt zu gerathen schien [2]). Ihm folgten spätere Civilgesetze [3]), indem sie spezielle Einreden, z. E. exceptio Icti Macedoniani und Vellejani gestatteten. Unter den am frühesten eingeführten Einreden möchte aber die except. non adimpl. contr. wohl auf keinen Fall stehen; denn ihre Einführung war wohl wegen der geringen Collision mit der Billigkeit weniger dringend. Ja, Heerwart [4]) hält es für schwer, dem natürlichen Rechtsgefühl plausibel zu machen, daß ein Contrahent, bevor er nicht seiner Seits den Vertrag erfüllt habe, seine Ansprüche an seinen Mitcontrahenten nicht mit Erfolg geltend machen könne.

§. 3.

2. Zeit der allmähligen Vermehrung klagbarer Obligationen. — Innominatcontrakte und pacta.

Wenn die Zahl der Verträge später sich mehrte, indem die s. g. Innominatcontrakte entstanden, so war dieß rücksichtlich unserer Lehre von keinem Einfluß. Bei ihnen trat eine causa civilis als Grund der Klagbarkeit erst durch Leistung hinzu. [5]) Die Erfüllung des Kontrakts durch den Kläger ist das erste den Contrakt selbst constituirende

---

1) Gaj. IV. 118. §. 7. I. de except. (4. 13.)

2) z. E. except. doli mali, pacti conventi. Gaj. IV. 116. §. 1 — 3. I. de except. (4. 13.) L. 1. §. 1. D. de doli enc. (44. 4.)

3) Gaj. IV. 118. §. 7. I. cit.

4) Arch. f. d. civ. Pr. VII. S. 340.

5) L. 7. §. 2. D. de pactis (2. 14.) L. 1. §. 2. D. de permutatione (19. 4.) L. 7. u. 10. Cod. de pactis (2. 3.) Wehren diss. cit. §. 13. Mev. dec. VIII. 319.

Merkmal. Diese gehört also insofern zum Klaggrund, als sie eben zur Begründung des Vertrags nöthig ist. Es schließt also die Natur [1]) der Innominatcontracte, als wirklicher Realcontracte [2]), die Einrede des nicht erfüllten Contracts aus [3]). Noch ist einiges von den pactis zu bemerken. Bei den pactis nudis bedurfte es nach römischen Recht unserer Einrede eben so wenig, als bei den Real= und Innominatcontracten. Daß die bestätigten pacta die Einrede zuließen, so weit sie nicht einseitig waren [4]), leidet kaum einen Zweifel. Die accessorische pacta aber gewährten für sich allein keine Klage. Nur insofern sie also Theil eines Vertrags sind, bei welchem der Contractsklage

---

1) Wehren. l. c.

2) Thibaut Syst. §. 164. Künhold diss. cit. §. 6. Heerwart. l. c. p. 239.

3) Anderer Meinung ist Künhold in der eben angeführten Dissertation §. 6, indem er den Grund der Zulässigkeit der except. non adimpl. contr. gerade darin findet, worin andere den Grund der Unzulässigkeit derselben finden, nämlich darin, daß vor Leistung durch den klagenden Theil überhaupt gar keine actio nata vorhanden ist. Wehren diss. cit. §. 113. Stimmt man aber der Ansicht bei, daß gegen eine existirende Klage allein eine exceptio zum Schutze des Beklagten nöthig ist, gegen eine actio non fundata aber eine exceptio nicht statt finden kann, so ergibt sich leicht das Unrichtige von Künhold's Meinung. Wenn jemand ohne Existenz eines Klagerechts klagt, wird er gewiß ohne exceptio vom Richter abgewiesen werden müssen. Gleicher Meinung wie Künhold scheint Schweder, diss. cit. §. 7. zu seyn. Diese Meinung widerspricht aber von Grund aus der von ihm selbst gegebenen Definition (siehe oben §. 1.); heut z. T. ist diese s. g. Einrede freilich auch gegen Innominatcontracte Platz greifend, aber aus ganz andern Gründen, siehe §. 4.

4) Künhold diss. cit. §. 7.

unsere exceptio entgegen gesetzt werden konnte, läßt sich dieselbe in dem Fall denken, wenn der Kläger, ohne die einem zweiseitigen Vertrage beigefügte Nebenberedung erfüllt zu haben, dennoch die Contractsklage anstellen wollte.

§. 4.

3. Zurückhaltungsrecht des Beklagten ob non impletum contractum bei den Consensualcontracten als ihrem eigentlichen Sitze. Canonisches, deutsches Recht.

Wenn also billigkeitshalber nach röm. Rechte der Beklagte befugt seyn sollte, seine Leistung zurückzuhalten, bis zum Empfang der Gegenleistung, so war dieß nur bei den zweiseitigen Consensual-Verträgen [1]) möglich. Denn bei ihnen war Kläger wieder zugleich aus dem Vertrag verpflichtet, und bei ihnen war nicht ohnedieß schon Leistung des Klägers zur Begründung des Vertrags nöthig. Diese Billigkeit berücksichtigten denn nun auch die Gesetze [2]) und setzten fest, bei zweiseitigen Consensual-Ver-

1) Arch. VII. S. 340. Gewiß konnten auf verbis zweiseitige Obligationen begründet werden; doch ist der Grund, warum die Gesetze bei Verbalcontracten dieser Befugniß des Beklagten nicht erwähnen, die schon oben erwähnte Strenge der Stipulation, deren absolut lautende und streng zu erfüllende Formel der Billigkeit entgegen stand. Wehren diss. §. 14. erwähnt hier noch der Contractus bilaterales inaequales, aber mit Unrecht, da sie ja einseitige Contracte sind. Thibaut Syst. §. 170.

2) L. 13. §. 19 u. 20. D. de act. E. et V. (19. 1.) Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quae ei ab emtore praestari oportet. Veniunt autem in hoc judicium infra scripta. In primis pretium, quanti res venit: item usurae pretii post diem traditionis; nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere. — L. 47. D. eod. Lucius Titius accepta

tragen soll für den andern Theil mora erst durch die von dem einen Theil geschehene Leistung eintreten, und daher der Kläger aus solchen Contracten, da seine Klage durch die eigene Leistung bedingt sey, vor Eintritt der letztern nicht klagen können [1].

pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis, decessit. Cum igitur testator in poenam commiserit, neque heres ejus reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam et in usuras conveniri possit? — — Paulus respondit, ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse: in actione quoque exemto, officio judicis, post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere. — L. 5. C. eod. (4. 49.) Curabit praeses provinciae compellare emtorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere.

1) L. 13. §. 8. L. 25. D. de A. E. (19. 1.) L. 57. D. de aedilit. edict. (21. 1.) L. 5. §. 4. D. de dol. exc. (44. 4.) L. 5. C. de evict. (8. 45.) —

Auffallend ist es, daß die Gesetze gerade bei dem Kaufvertrage diesen Grundsatz aufstellen, wo bekanntlich auch der Satz gilt: so bald der Kauf zur Richtigkeit gekommen ist, geht die Gefahr auf den Käufer über, wenn auch die Tradition der Sache noch nicht erfolgte. Glück Com. Th. 17. S. 128 — 130. — Daß neben diesem gesetzlichen Ausspruche der erstere Satz in seiner Unbedingtheit nicht bestehen kann, ist aber gewiß, denn es darf in Gemäßheit der Gesetze der durch Zufall von seiner Verbindlichkeit befreite Verkäufer auf Erfüllung klagen, während der Regel nach dem Verkäufer, der, ohne die Sache tradirt zu haben, auf Bezahlung des Kaufgeldes klagt, die s. g. exc. non adimpl. contr. entgegen stehen müßte, da unverschuldete Verhinderung wohl von der Erfüllung der Verbindlichkeit befreit,

So weit das römische Recht — Auch die canonische Gesetzgebung räumt das Recht dem Beklagten ein, nicht zu leisten, wenn der andere Contrahent nicht seinerseits der Vertragsverbindlichkeit vorher entsprochen hätte, doch mit dem Unterschiede, daß sie, frei von beengenden Formen diese Befugniß allgemeiner ausspricht. Während nämlich das römische Recht nur bei Consensualverträgen derselben erwähnt, erkennt das canonische Recht dieselbe auch bei andern zweiseitigen Verträgen, z. E. beim Ehevertrag [1]). Während das römische Recht dieselbe nur, als durch Billigkeit eingeführt, dem strengen Recht entgegen setzt, stellt das canonische Recht frei den Grundsatz auf: demjenigen, welcher seinerseits die Treue im Contracte nicht wahre, brauche auch der andere Contra-

---

aber noch kein Recht auf Erfüllung zu klagen gibt. Glück a. a. O. S. 130. Schweder diss. cit. §. 15. Doch muß diese Ausnahme auf den Fall der von Seite des Verkäufers unverschuldeten Verhinderung beschränkt, und darf als Singularität, nicht auf andere Geschäfte, als den Kauf ausgedehnt werden. Thibaut Syst. §. 175 Not. a. Wird Kläger an der Erfüllung durch den Beklagten selbst gehindert, wird angenommen, er habe den Contract erfüllt.

Pufendorf obs. II. 163. Mevius dec. VIII 318. L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 39. u. 161. de R. I. (50. 17.)

Eine andere Ausnahme wird aber bei der Miethe durch die besondere Natur des Contracts begründet. Da nämlich nach L. 24. §. 2. u. 3. u. L. 30. §. 3 locati (19. 2.) der Miether das versprochene Miethgeld erst nach geendigtem Gebrauch der Sache oder empfangener Leistung der versprochenen Dienste zu entrichten hat, wird der Vermiether dem auf Erfüllung des Contracts klagenden Miether die exceptio ebenfalls nicht entgegen stellen können.

Thibaut §. 863. Wehren diss. cit. §. 10 u. 11.

1) C. 2. Caus. 23. qu. 2.

hent nicht das Stipulirte zu leisten [1]). Auch die enge Form der Stipulation hat bereits aufgehört; es erstreckt sich also der Grundsatz auf alle zweiseitigen Verträge. Ja, die durch das canonische Recht [2]) ausgesprochene Gleichstellung der pacta nuda in ihrer Wirkung mit den Contracten läßt das in der s. g. except. non adimpl. contr. statt findende Recht des Beklagten selbst bei bloßen Uebereinkünften eintreten [3]). Es galt im deutschen Rechte freilich schon von jeher der Grundsatz, jede ernstliche Uebereinkunft sollte vollkommene Klagbarkeit haben, und es führte wohl das canonische Recht ihn bei den germanischen Völkern nicht erst ein [4]). Wohl aber geschah letzteres in den nicht germanischen Ländern, wo römisches und canonisches Recht galt. — Durch diese Wirkung der nuda pacta hat sich die Anzahl der Consensualverträge bis ins Unendliche vermehrt; was von letztern gilt, gilt auch von pactius nudis, wofern dadurch nur nicht (wie z. E. bei der Schenkung nur derjenige, der zu schenken sich verbindlich macht) nur ein Theil obligirt wird. Auch Innominatcontracte gibt es keine mehr [5]), da Leistung als überflüßig jetzt hinweg fällt, so weit sie als causa civilis in Betracht kam. Sind daher zwei über einen vorzunehmenden Tausch gültig übereingekommen, so hat einer gegen den andern, auch ohne geleistet zu haben, volles Klagrecht; doch ist die wirkliche Anstellung und Wirksamkeit der Klage an die Bedingung der vorherigen

---

1) Cap. 75. de Reg. Jur. in 6. Wahl Diss. cit. §. 24.

2) Cap. 1. und 3 X. de pactis.

3) Wahl diss. §. 28. Künhold diss. §. 8.

4) Wehren diss. cit. §. 13. Not. e. Vergl. Mittermaier Grundſ. des deutsch. Priv. Rt. §. 188.

5) Heerwart im Arch. a. a. O. S. 339.

Erfüllung von Seite des Klägers gebunden, und daher die f. g. except. non adimpl. contr. anwendbar [1]).

Nur darüber erhebt sich Streit, ob die vorgängige Erfüllung Theil des Klagegrunds sey, oder nicht? Viele Rechtslehrer [2]) behaupten dies; Heerwart mit andern läugnet es [3]). Der genaue Zusammenhang, in welchem diese Frage mit der Behauptung steht, daß Kläger wegen Mangels der geschehenen Erwähnung der seinerseitigen Vertragserfüllung im Libell angebrachtermaßen abgewiesen werden könne [4]), erheischt genaue Auseinandersetzung dieses Punktes.

---

1) Wehren diss. cit. §. 13.

2) Böhmer J. E. P. lib. II. tit. 10. §. 11. Pufendorf obs. II. 163. Cocceji I. C. lib. XIX. tit. 1. qu. 1 N. 3. und qu. 3. Glück Com. Th. 17. S. 227. und 229. Weber Verbindl. zur Beweisführ. VI. N. 27. Gönner Hdb. d. Prz. Abh. 34. §. 2. Linde Lehrb. §. 152. Not. 8. Künhold diss. cit. §. 18.

3) Arch. f. d. civ. Pr. a. a. O. Wahl diss. cit. §. 20. und 23. Schweder §. 1. und 26.

4) Siehe oben §. 1. Arch. f. d. civ. Pr. a. a. O. 336.

B. Vom Wesen der s. g. exceptio non adimpleti contractus,

und zwar:

I., Ueber die Behauptung, sie sey eine wahre exceptio.

§. 5.

1. Heerwarts Ansicht.

Heerwart und andere haben also die Ansicht, die s. g. exceptio non adimpl. contr. sey eine wahre exceptio. Die älteren Schriftsteller gaben für die Behauptung keine Gründe an [1]). Heerwart aber stützt sich zuerst auf eine förmliche Widerlegung der entgegen gesetzten Ansicht, und führt dann seine Meinung, theils aus inneren Gründen durch, theils durch Exegese der einschlagenden Gesetzstellen. Was seine Widerlegung der gegentheiligen Meinung betrifft, so wird unten [2]) hievon die Rede seyn. Seine Gründe für die Behauptung der Existenz einer wahren Einrede müssen wir hier näher betrachten, indem wir im Wesentlichen seiner Anordnung folgen. Folgendes aber ist Heerwarts Ausführung:

---

1) Dieß können wir nur von Wehrens Dissertation nicht aussprechen, da wir von derselben, leider! nur ein defektes Exemplar zu erhalten im Stande waren, worin gerade derjenige Theil fehlte, der hievon handeln möchte.

2) Siehe §. 14. unserer Abhlg.

Wenn die vorgängige Erfüllung nicht Theil des Klagegrunds ist, fragt nämlich Heerwart [1]), was ist denn sonst mit dem Satze gesagt, daß ein Contrahent, bevor er nicht seinerseits den Vertrag erfüllt habe, seine Ansprüche an seinen Mitkontrahenten nicht mit Erfolg geltend machen könne? Weiter nichts, antwortet er sich selbst, als daß dem Beklagten ein Rechtsbehelf gegeben worden ist, durch welchen er die Durchsetzung des Anspruchs des Klägers eine Zeitlang hemmen und aufschieben kann. Es seyen in dem Rechtssystem solcher Rechtsbehelfe mehrere, besonders komme man sogleich auf die Aehnlichkeit jener Ausflucht mit dem Retentionsrechte, welches der Beklagte an einer heraus- oder zurückzugebenden Sache ausüben darf, bis sein Gegner gewissen Obliegenheiten nachgekommen ist. Die Einrede des nicht erfüllten Contrakts sey aber allenthalben als Gattung des Retentionsrechts aufgeführt. Niemand bezweifle, daß alle Rechtsbehelfe, durch welche der Beklagte gegen den Anspruch eines Klägers sich eine Zeitlang sichern kann, ohne den rechtlichen Grund des Anspruchs selbst anzugreifen, wahre Einreden seyen. Es habe noch niemand behauptet, was insonderheit das Retentionsrecht betrifft, daß derjenige, welcher eine Sache vindicirt, oder als Deponent oder Comodant, oder mit der actio pigneratitia directa zurückfordert, zur Begründung seiner Klage mit anführen müsse, er habe dem Beklagten die auf die Sache gemachten Auslagen ersetzt, oder habe auch die chirographischen Forderungen des Pfandgläubigers berichtigt, u. s. w. Beklagter müsse vielmehr die ihn schützenden Umstände excipiren, und es sey schwerlich ein Grund aufzufinden, warum die einzelne Art des Retentionsrechtes, wel-

1) Arch. a. a. O. S. 341. folg.

che aus der Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags von Seiten des Klägers entspringt, eine Ausnahme machen sollte.

Auch die Gesetzesstellen stünden der Annahme einer wahren Einrede nicht entgegen. Die L. 25 D. de A. E. (19. 1.) nenne hier den Rechtsbehelf ausdrücklich exceptio. Das nondum est ex remto actio in L. 13. §. 8. D. eod. lasse sich füglich so erklären, daß die Klage nicht mit Erfolg durchzusetzen sey, wenn der Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt habe. Diese Worte sowohl, als das nil consequetur in L. 57. D. de aedilit. edicto könnten sehr wohl dem Ausdrucke nach lediglich Einreden bezeichnen, da man in andern Stellen [1]), wo unbezweifelt Einreden gemeint sind, ähnliche zweifelhafte Ausdrücke treffe. Die L. 5. C. de evict. (8. 45.) und die L. 5. §. 4. D. de except. dol. mal. (44. 4.) aber ließen Zurückhaltung der Gegenleistung durch eine Einrede geltend machen.

§. 6.

2. Deren Widerlegung und zwar:

So weit Heerwarts Meinung! Bei Prüfung aller Meinungen aber, die sich auf Bestimmungen römischer Gesetzesstellen gründen, ist zu bedenken, daß wir durchaus nicht unsere heutigen Ideen und Begriffe römischen Gesetzen unterschieben dürfen, sondern daß vielmehr römischer Redegebrauch und römischer Sinn und Bedeutung allein den richtigen Maßstab der Beurtheilung und des Verständnisses solcher Stellen liefern können. So nun auch hier! Wir haben mit Recht Verdacht, daß unsere heutigen Ideen

---

1) L. un. C. etiam ob chirogr. pec. pign. ret. (8. 27.) L. 1. pr. D. de Sct. Maced. (14. 6.) L. 2. §. 1. D. ad Sct. Vellej (16. 1.) L. 13. pr. D. de usufr. (71.) L. 1. §. 7. D. si cui plus, quam per leg. Falcid. (35. 3.)

von den römischen gerade in dem Kapitel, welches wir jetzt behandeln, sehr abweichen möchten. Daher wird zur Prüfung der Heerwart'schen Ansicht die Erörterung folgender Punkte dienlich seyn:

1. Ist die s. g. exceptio non adimpleti contr. nach römischem Begriffe eine exceptio? ist sie es nach heutigem Begriffe von Einrede?
2. Was ist Retentionsrecht? Ist unsere Einrede eine Art Retentionsrecht? Bewirkt jedes Retentionsrecht Einreden? Und stimmen römische und heutige Ansicht in diesen Punkten miteinander überein?

§. 7.

a) Durch Ausführung des Begriffs von Exceptio, und Vergleichung derselben mit der except. non adimpleti contractus.

1. Römisches Recht.

α. Merkmale der Exceptio.

Was den ersten Punkt betrifft, so wird er sich durch Aufstellung des Begriffs exceptio, Betrachtung seiner Fortbildung bis zu unsern Tagen, und durch Untersuchung der Gesetze in ihren Resultaten vollständig aufklären.

Die Entstehungs-Geschichte der Exceptionen lehrt uns am genauesten den Charakter der letztern selbst kennen. Dem ältesten Rechte fremd, weil dasselbe das Summum jus summa injuria wenig achtend, vorhandenes Recht mit aller Strenge realisiren zu müssen glaubte, entstanden sie erst mit dem Prätorischen Rechte, als Billigkeitssätze. Alle Schriftsteller erkennen sie als etwas dem jus strictum entgegenstehendes, dasselbe einschränkendes. Gajus [1]) sagt: Comparatae sunt defendendorum eorum

1) Gaj. IV. 16.

gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari. Marcellus sagt: desinit debitor esse, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem [1]), und macht auf die Weise die Billigkeit zu einem wesentlichen Merkmal [2]). Ja, Papiniam sagt sogar im L. 12. D. de dol. except. (44. 4.), in allen Fällen, in welchen man aequitate actionem infringere potest, sey eine exceptio vorhanden. Indem also so durch den schroffen Gegensatz, den strictum jus und aequitas bildeten, im Begriff der exceptio das Merkmal der Billigkeit hervortrat, mußte sich ihr Begriff selbst dahin feststellen, daß man unter ihnen Billigkeitssätze verstand, die durch einen Vorbehalt des Prätors gegen das strenge Recht wirksam wurden [3]). Es war also exceptio vorhanden, so oft nach strengem Recht eine vollkommen begründete actio vorhanden war, und die Billigkeitsliebe des Prätors sie unwirksam machte, sey es dadurch, daß letzterer gewisse facta als der Klage zuwider, diese in ihrer Wirkung zerstören ließ, oder daß er zur Begründung der Klage billigkeitshalber noch mehrere facta verlangte. Von dieser Ansicht ausgehend, scheinen die Römer sogar die Beachtung des h. z. T. stets wesentlichen Merkmals der Selbstständigkeit der Einrede in den Hintergrund gestellt zu haben. Zwar vergleichen die Gesetze die Exceptionen mit den actionibus [4]), und scheinen ihnen dadurch den Charakter der Selbstständigkeit geben zu wollen, aber anderseits be-

1) L. 66. D. de R. I. (50. 17.)
2) Cf. L. 48. D. de R. V. (6. 1.)
3) De Tigerström de judic. pag. 111.
4) L. 19. pr. D. de probat. (22. 3.) L. 1. D. de except. (44. 1.)

ben sie diese Beziehung keineswegs so sehr hervor. Ja, da, wo recht ex professo von Exceptionen und ihrem Wesen die Rede ist [1]), sprechen sie von diesem Verhältnisse der Aktionen und Exceptionen nur nebenbei, und setzen das wohl schwerlich ein durchgreifendes Merkmal bezeichnende videtur bei [2]). Ja, wo es zur Definition kömmt, wird dieses Merkmals gar nicht erwähnt [3]), und nicht hindert, negative Litiscontestation [4]) unter dem Conditio, qua modo eximit reum damnatione zu verstehen. Wenn es ferner heißt: exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni ejusque rei solet ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est [5]), so ist dadurch keineswegs die Definition der L. 22. D. eod. beschränkt. Denn die eben angeführten Worte sollen nur eine Erklärung des Wortes: exceptio, keinen Begriff derselben aufstellen. Die Abläugnung aber schließt ebenfalls die intentio und condemnatio aus, wenn sie durchgeführt wird; und so ist dieses excludere nicht gerade sehr charakteristisch für den Begriff von exceptio. Was den angegebenen Begriff noch mehr zu bestätigen scheint, ist der Umstand, daß die Institutionen, welche ja eigentlich bestimmt sind, die klaren Begriffe den Anfängern ungeschmückt hinzustellen, nur auf das Merkmal der Billigkeit [6]), nach Gajus Vorbild, hinwiesen, ohne (ebenfalls nach Gajus Beispiel) auch nur mit einem Worte auf die

---

1) Tit. D. de except.

2) L. 1. pr. D. tit. cit. (44. 1.)

3) L. 22. D. eod. Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

4) Linde Lehrb. §. 158. Not. 2.

5) L. 2. pr. D. eod.

6) Pr. I. de except. (4. 13.) Cf. Gaj. IV. 116.

Selbstständigkeit, als ein wesentliches Merkmal, aufmerksam zu machen. Noch mehr! Wir haben Exceptionen, welche, wenn das Merkmal der Selbstständigkeit wesentlich ist, gar keine Exceptionen sind, aber doch so in den Gesetzen genannt werden. Der Mangel der Selbstständigkeit unserer except. non adimpl. contr. soll unten [1]) nachgewiesen werden, und doch ist sie nach römischen Gesetzen eine exceptio, wie die folgenden §§. zeigen werden. Was die exceptio non numeratae pecuniae betrifft, so hat sie den Charakter der Selbstständigkeit nicht an sich, sondern ist nach Aussage der Gesetze [2]) eine negative Litiscon-

1) Siehe §. 8. a. E.

2) L. 3. Cod. de non num. pec. (4. 30.) Si ex cautione tua licet hypotheca data sit, convenire coeperis exceptione opposita seu doli, seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam. Mit Rücksichtsnahme auf L. 19. D. de probat (22. 3.) geht offenbar aus der dem Kläger hier geschehenen Beweisauflage die Unselbstständigkeit hervor. Noch deutlicher aber spricht L. 10. Cod. eod. Sie lautet: Adseveratio debitum solutum contendentis, temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur quod exceptio n. n. p. certa die non delata querela prius evanescat: cum inter eum, qui factum asseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit deferentia. Es ist nämlich in dieser Constitution die Behauptung dessen, qui debitum solutum contendit ein asseverare factum genannt, die Vorschützung der s. g. exceptio n. n. p. aber ein negare numerationem. Die Bedeutung des Asserverare oder dicere und des negare ist aber wohl bekannt. Weber Verbindl. z. Beweisführung. S. 208. Gönner Handb. d. Prz. Abh. XXXVII. §. 15. Linde, Marezoll u. v. Wening Zeitsch. für Civilr. und Prozeß. Gießen 1827. 1 Heft.

testation, und doch heißt sie in den Stellen des Codex [1]) allenthalben eine exceptio. Auf gleiche Weise geht der exceptio legis Anastasianae diese Selbstständigkeit ab [2]), und wenn sie exceptio genannt wird, so kann nur die Billigkeit, welche Sicherung der Schuldner gegen die Chikane der Cessionare heischt, diese Benennung rechtfertigen.

Würde daher Heerwart die s. g. exceptio non ad. contr. eine wahre Einrede im römischen Sinne nennen, so schiene er recht zu haben. Denn daß dieselbe die Merkmale des oben gegebenen Begriffs an sich habe, wird sich nachweisen, wenn man bedenkt, daß die Befugniß der Versagung der Leistung, vor Empfang der Gegenleistung gewiß dem strengen Richter fremd [3]), vielmehr der Billigkeit wegen vom Prätor zugelassen sey. Daß die Römer unsere exceptio zuließen, weil sie dieselbe für billig hielten, gibt Heerwart zu [4]), obgleich er seinem natürlichen Rechtsgefühl ihre Einführung nicht plausibel machen kann,

---

S. 111. Durch sie wird aber die Unselbstständigkeit der exc. n. n. p. vollkommen außer Zweifel gesetzt.

1) L. 3. 5. 6. 7. 8. 10. 14. Cod. de n. n. p. (4. 30.) und noch andere Stellen.

2) And. Mein. ist Weber, Verbindl. zur Beweisführ., und zum Theil auch Mühlenbruch v. d. Cession der Forderungsrechte, 2te Ausg. S. 577. Gegen ersten s. Spangenberg num legis Anastasianae exceptio vera sit exceptio. Jen. 1705. pag. 53. sqq. Letzterer irrt darin, daß er behauptet, der Beweis des Cessionars sey geführt, wenn er darthue, den vollständigen Betrag in einem rechtsgültigen Geschäfte versprochen zu haben. Die Gesetze fordern Beweis des gegeben haben.

3) Siehe oben §. 2.

4) Arch. a. a. O. S. 340.

und es kann wohl auffallend scheinen, daß er gerade das für billig hält, was streng und hart zu seyn scheint, und eine Vorschrift nicht als aus der Billigkeit entsprungen, anerkennen will, welche dem Beklagten, im Falle er selbst leisten wollte, doch für den Empfang der Gegenleistung eine Garantie und Sicherheit gibt [1].

§. 8.

β. Hieher gehörige Gesetzesstellen.

Die Behauptung, es sey die exc. n. ad. contr. wirklich eine Einrede im römischen Sinne, könnte, wenn man sie nur aus der Uebereinstimmung des Wesens genannter exceptio mit dem römischen Begriffe ableiten wollte, jedoch als ein bloßes Resultat der Reflexion, zweifelhaft scheinen; es sind daher die Gesetzesstellen näher zu betrachten. Es sind folgende:

1) L. 25. D. de act. emti (19. 1.) Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.

Der Fall dieses Fragments ist kurz der: Der Verkäufer eines Weinbergs versagt dem Käufer desselben die Nutzungen des Kaufobjekts zu ziehen, fordert aber dessen ungeachtet den Kaufpreis. Da diese Forderung dem oben aufgestellten Satze widerspricht, daß bei zweiseitigen Verträgen jeder Klagende, der der Wirksamkeit seiner Klage beigefügten Bedingung der eigenen Vorherleistung zu entsprechen habe, macht Julianus Beklagten auf das ihm zustehende Mittel, seine Rechte gegen des Klägers An-

---

1) Siehe unten §. 10. a. E.

sprüche zu wahren, aufmerksam, nennt aber dies Mittel ausdrücklich exceptio. Ja, zum offenbaren Beweis, daß es eine exceptio sey, führt er es sogar in der Form an, die den Einreden in der vom Prätor dem Judex ertheilten Instruktion eigenthümlich ist, wie Beispiele bei Gajus [1]) und im corpus juris [2]) zeigen.

2. L. 5. Cod. de evict. (8. 45.) Ex his praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex emto actione consequeris, ut a creditore liberentur. Idem fiet, si adversus venditorem, ex vendito actione pretium petentem, doli exceptionem opposueris.

Auch hier wird das Zurückhalten der Gegenleistung exceptio genannt. Daß sie aber hier exceptio doli heißt, kann nicht stören, da ja exceptio doli der allgemeine Ausdruck für alle Exceptionen ist [3]). Der Verkäufer aber, der weiß, daß seine Klage durch sein Zuerstleisten in ihrer Wirkung bedingt ist, handelt gewiß dolose, wenn er, ohne das Kaufobject tradirt, d. h. ohne die Bedingung der Wirksamkeit seiner Klage entsprochen zu haben, den Kaufpreis einklagt.

---

1) Gaj. IV. §. 119.

2) L. 2. q. §. 2. D. de except. rei jud. (44. 3.) L. 2. §. 1. L. 4. §. 8. u. 14 u. 33. D. de doli except. (44. 4.) L. 15. D. de O et A. (44. 7.) L. 28. D. de fidejussor. (46. 1.)

3) L. 2. §. 5. L. 12. D. de doli except. (44. 4.)
Ersteres Fragment sagt: Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose: nisi, si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.

3., L. 5. §. 4. D. de doli except. (44. 4.) ... etiam mercis non traditae exceptione summovetur, qui pecuniam domino jam solvit, et ideo is, qui vendidit, aget adversus dominum.

Der Fall des Gesetzes war folgender: Es hatte jemand einen Sclaven verkauft mit Erlaubniß des Herrn desselben. Der Herr stellt die Redhibitionsklage an. Der Verkäufer klagt gegen den Käufer, ungeachtet des zurückgegangenen Kaufes, auf Zahlung des Kaufpreises. Hier hat nun, sagt der Jurist, der Käufer zwei Mittel, sich gegen den Verkäufer zu sichern, nämlich die exceptio redhibitionis und non adimpleti contractus. Der Umstand, daß der Verkäufer dem Herrn den Kaufpreis zahlte, (daher er mit „is, qui pecuniam domino solvit" bezeichnet wird,) schützt ihn nicht gegen diese exceptio. Ausdrücklich heißt aber dieses Mittel im Gesetze in Uebereinstimmung mit den bisher betrachteten Stellen exceptio.

4. L. 57. D. de aedilitio edicto (21. 1.) Nam si ex vendito dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequetur.

Dieses Fragment spricht in ganz unbestimmten Ausdrücken, die sowohl auf Nichtvorhandenseyn der Klage an sich, als auch auf Unwirksamkeit der Letztern wegen einer entgegenstehenden exceptio gehen können. Hält man es also mit den vorhergenannten Gesetzen zusammen, so enthält es wohl für die Meinung, die Nichterfüllung könne nicht durch exceptio gerügt werden, kein Moment; eben so wenig als

5. L. 11. §. 2. D. de A. E. (19. 1.) Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satis datum,

welche nur die bedingte Verbindlichkeit des Verkäufers ausspricht, ohne weiter zu erwähnen, ob die Nichterfüllung derselben von Seiten des Klägers sofort Abweisung desselben, oder nur eine Exception des Verkäufers zur Folge habe. So erklärt also auch diese Gesetzstelle sich aus den schon früher erörterten [1]), und das Resultat, daß die except. non adimpl. contr. den Römern wirklich eine exceptio gewesen sey, kann kaum zweifelhaft seyn [2]).

§. 9.

2. Heutiges Recht.

Anders aber freilich stellt sich die Sache jetzt dar; daß der oben angegebene Begriff der heutige nicht sey, leidet keinen Zweifel. Seit der Zeit, nämlich, wo die Schranken, welche das ältere römische Recht zwischen jus und aequitas gestellt hat, fielen, hörten die Exceptionen auf, im Kampf mit dem Rechte zu stehen, sie wurden eine Art der Rechtsverfolgung, zum Theil schon dadurch, daß das Civilrecht selbst Exceptionen gab, und so begann das Merkmal der Billigkeit aus dem Begriffe zu verschwinden. Dazu kam noch die Verwandlung des mündlichen Verfahrens in ein schriftliches. Bei ersterem kam es nicht so sehr darauf an, ob ein Merkmal der Klage fehlte, oder nicht; da noch die Klage nicht Grundlage des

---

1) Noch sind L. 13. §. 8. D. de A. E. (19. 1.) und L. 22. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.) als auf diesen Gegenstand bezügig zu erklären. Da man aber die Behauptung einer exceptio nur auf das Fundament des in ihnen ausgesprochenen Retentionsrechtes stützt, kann erst bei Erörterung des zweiten der oben angegebenen Punkte das weitere von ihnen gesprochen werden. Siehe unten §. 10.

2) Glück Com. XVII. S. 229.

ganzen Rechtsstreites war [1]), und daher wegen eines solchen Mangels Abweisung des Klägers nicht statt fand. Kam es daher zur Feststellung der Sache vor dem Prätor, so konnte der Beklagte, der ja zugegen war, entweder das Vorbringen des Klägers läugnen, oder er konnte auf andere Weise sich vertheidigen, nämlich 1) durch Anführung von selbstständigen That-Umständen, welche die Klage aufhoben, oder er konnte, ja er mußte 2), wenn es der Klage an Merkmalen fehlte, dieß rügen. So war die Thätigkeit des Beklagten möglicher Weise eine dreifache. Die dritte Art derselben aber, welche keine inficiatio des klägerischen Vorbringens genannt werden kann, also gewiß, da Exceptionen und Inficiatio einander gegenüber stehen [2]), zu den Exceptionen in Sinne der L. 22 D. de except. (44. 1.) immer dann gehörte, wenn das der Klage fehlende Merkmal durch Billigkeit Theil des Klagegrundes geworden war, ließ eben den Exceptionen den Charater der Selbstständigkeit nicht zukommen. So wie mit dem schriftlichen Verfahren nun die Klagschrift als etwas den Streit vollständig Begründendes aufkam, fiel dadurch eben die dritte Art der Thätigkeit des Beklagten hinweg. Denn im Falle es der Klage an einem Merkmale fehlte, ließ der Richter dieselbe, als unbrauchbar zur Begründung des Streits gar nicht zu [3]). Es beschränkte sich daher von der Zeit an die Thätigkeit des Beklagten nur auf Läugnung des Rechts des Klägers aus dem Grunde der Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der von ihm aufgestellten Behauptungen, und

---

1) Arch. f. d. civ. Prax. Bd. V. S. 358.

2) Quintilian or. Inst. 8. prooem. §. 9.

3) Arch. f. d. civ. Prax. Bd. V. S. 360. Linde Lehrb. des civ. Proz. §. 198. Not. 5.

auf allenfallsige Aufstellung selbstständiger, die Klage aufhebender Sätze, welchen letztern allein nunmehr der Name Exception zukommen könnte [1]). Dadurch also, daß Selbstständigkeit der Behauptung ein Merkmal im Begriffe der Exception wurde, fiel alles übrige nicht Selbstständige theils unter die Litiscontestation, welche nun freilich nach einem vom römischen Sinne [2]) abweichendem Begriffe die Erklärung über die Richtigkeit und Vollständigkeit des faktischen Theils der Klage [3]), theils unter die Gegendeduktion gegen den Klaggrund, welche die Erklärung über die Schlüßigkeit oder Unschlüßigkeit der Klage enthält [4]).

Da auf diese Weise aber der Begriff von exceptio sich geändert hat, werden die oben erörterten Gesetzstellen von keinem Gewicht seyn für die Behauptung, daß die exceptio non adimpl. contr. eine wahre Einrede ist, wenn sich nicht nachweisen läßt, daß diese exceptio auch dem heutigen Begriffe von Einrede entspreche. Es fragt sich also: Liegt der Einrede des nicht erfüllten Contracts ein selbstständiges Factum zu Grunde, oder nicht? Daß aber der Satz des Beklagten: „du hast selbst nicht geleistet," ein selbstständiger sey, ist durchaus zu läugnen. Denn da die Gesetze selbst das Eintreten der mora bei zweiseitigen Verträgen an die Leistung des Klagenden knüpfen [5]), ist er vollkommen gleich lautend mit der Behaup-

---

1) Linde Lehrb. §. 158. Martin Civ. Proz. §. 85. und 95. Thibaut Syst. §. 61. v. Wening-Ingenheim Buch I. §. 53.

2) Heffter Instit. S. 281. Goldschmidt über Litiscontest. und Einreden. Frankf. a. M. 1812. S. 13.

3) Linde Proz. §. 204.

4) Linde a. a. O. §. 207.

5) Siehe oben §. 4.

tung, du kannst nicht klagen; denn ich habe dich nicht verletzt. Wer möchte aber letztern Satz nicht als einen mit dem Klaggrunde eng verwandten ansehen, da jede Klage lauten muß: Ich habe dieß mir gesetzlich zustehende Recht. Dieß Recht hast du verletzt; daher klage ich? [1])

§. 10.

b. Durch Vergleichung der exc. n. ad. contr. mit dem Retentionsrecht, und zwar

α. in seinem Wesen.

Noch auf einen zweiten Punkt hatte Heerwart seine Behauptung gestützt. Er findet nämlich die Befugniß des Beklagten, vor der eigenen Leistung die Leistung des Mitcontrahenten abzuwarten, von Gesetzen [2]) und Schriftstellern [3]) ein Retentionsrecht genannt. Da unbezweifelt jedes Retentionsrecht eine Einrede erzeugt, schließt er weiter, ist also auch die except. n. adimpl. contr. eine wahre Einrede [4]). Es läßt sich gegen die Richtigkeit des Schlußes nichts, wohl aber vielleicht gegen die Richtigkeit des Ober- und Untersatzes manches einwenden. Und in der That ist dieß der von uns oben schon zur nähern Betrachtung bestimmte zweite Punkt [5]).

Retentionsrecht, sagen die Autoren [6]), ist das

---

1) Siehe unten §. 14.
2) L. 11. §. 2. und L. 13. §. 8. D. de A. E. (19. 1.)
3) Arch. f. civ. Pr. VII. S. 342. Not. 14. v. Wening-Ingenheim I. §. 169.
4) Arch. a. a. O. S. 342.
5) Siehe oben §. 6.
6) Thibaut. Syst. §. 511. v. Wening-Ingenheim a. a. O Faselius a. a. O. §. 1.

Recht, eine Sache, die man an jemanden herausgeben soll, zurückzubehalten, bis man für eine Forderung, welche in Beziehung auf die Sache zusteht, befriedigt ist. Zerlegt man den Begriff in seine Merkmale, so wird vorausgesetzt:

1) der Besitz [1]) von Seiten des Retinirenden,
2) Vorhandenseyn einer Forderung des Retinirenden an denjenigen, welcher die Herausgabe anspricht [2]).
3) Zusammenhang der Forderung mit der Sache [3]).
4) Ein Anspruch desjenigen, gegen welchen retinirt wird, auf Herausgabe der Sache, welchen eine actio nata zur Seite steht [4]).

Diesen Merkmalen nach aber kann die except. n. ad. contr. nicht als Art des Retentionsrechts betrachtet werden [5]); denn, wenn auch die ersten drei Merkmale unläugbar sich bei unserer exceptio vorfinden, fehlt doch das letzte Merkmal [6]). Es ist zwar richtig, daß durch den Con-

---

1) v. Wening-Ingenheim a. a. O. Faselius §. 2. 3. u. 6. Thibaut Syst. §. 310.

2) Thibaut Syst. 311. Faselius. §. 2. u. 8.

3) Thibaut. a. a. O. u. v. Wening-Ingenheim a. a. O.

4) L. 23. §. 4. L. 48. D. de R. v. (6. 1.) L. 1. D. de pignor. (20. 1.)

5. And. Mein. sind Thibaut a. a. Orte, v. Wening-Ingenheim a. a. O., Faselius §. 10.

6) Die Compendien, selbst von Wening-Ingenheims Lehrbuch, das die Voraussetzungen des Retentions-Rechts nach diesem Begriffe a. a. O. aufzählt, erwähnen dieses sub Nr. 4. angegebenen Merkmals nicht, obgleich dessen Wesenheit zu ihrem Begriff nicht geläugnet werden kann, da die Gesetze, welche v. Wening-Ingenheim für seine Definition anführt, (siehe Note 95) dasselbe enthalten und auch die Natur der Sache es fordert. Wozu bedürfte es nur eines Retentionsrechts als Schutzmittels (denn dieß soll Retentionsrecht nach diesem

sensus sogleich Verbindlichkeiten entstehen, und Berechtigungen. Die gerichtliche Geltendmachung der letztern ist aber an eine Bedingung gebunden [1]), vor deren Erfüllung nicht geklagt werden kann. Da diese Bedingung nur in der Contracts-Erfüllung von Seite desjenigen besteht, der sein — aus dem Contracte entstandenes Recht realisiren will, entsteht mit dem Augenblick der Leistung vollkommen wirksame Klage für den Leistenden, woferne nicht andere selbstständige Ansprüche des Beklagten sie entkräften. Vor Eintritt dieser als gesetzliches Merkmal der Klage selbst beigefügten Bedingung kann aber gewiß eine von Anfang an, in ihrem Entstehen selbst durch gesetzliche Vorschrift bedingte Klage nicht actio nata genannt werden [2]).

Ja, betrachtet man den Besitz-Zustand des Beklagten, der die s. g. except. nondum impl. contr. entgegen setzen kann, näher, so ergibt sich sogar zwischen demselben und dem Retentionsrechte nach obigem Begriffe ein bedeutender Unterschied. Wie bei jedem Vertrag, so lassen sich auch gewiß bei den zweiseitigen Consensualverträgen [3]) Perfection

---

Begriffe allein seyn), wenn der Gegner seinen Anspruch gegen uns nicht sofort geltend machen kann, da nach aller Vernunft jede Vertheidigung erst mit dem Angriff entsteht, eventuell auf den Fall eines solchen statt finden kann? Es würde bestimmt zur Entkräftung seiner Ansprüche die Bemerkung, daß er gar keine Klage habe, hinreichen, und augenblicklich seine Abweisung bewirken.

1) L. 11. §. 2. L. 13. §. 8. D. de A. E. (19. 1.)

2) L. 35. §. 1. D. de judiciis. (5. 1.) L. 3. L. 7. §. 4. Cod. de praescript. XXX. vel XL. anno: (7. 39.) L. 1. §. 1. Cod. de annali except. (7. 40.)

3) Die Modifikation tritt nämlich bei diesen Verträgen und jetzt bei allen Verträgen ein, daß die Perfection des Vertrags durch Aufhebung der Bedingung, welche das Klage-

des Vertrages und Vollzug desselben scheiden; durch die Perfection desselben ändert sich der Rechtszustand [1]); Zweck des Vollzugs aber ists, einen dem veränderten Rechtszustande angemessenen veränderten factischen Besitzstand herbeizuführen. Vor dem Vollzug aber, der, als ein von der Perfection des Vertrags getrenntes, wenn auch nöthiges Factum sich darstellt, bleibt natürlich, weil der im Contract bestimmte, neue factische Zustand noch nicht realisirt ist, der bisherige Zustand unverändert [2]). Betrachtet man nun bei dem zweiseitigen Contracte die Leistung des Klagenden als das Erste, zu dem Contractsvollzug gehörige Factum, so charakterisirt sich das Nichtleisten des Beklagten vor empfangener Leistung des Klägers als das ganz natürliche Beharren in dem Contractsvollzuge nothwendig vorhergehenden factischen Zustande. Wie ganz anders aber stellt sich das Retentionsrecht in dem oben angegebenen Sinne dar? Durch die Leistung des Klagenden tritt, insoferne dieselbe Vollzug ist, zum Theil wenigstens der im Contract festgesetzte Zustand ein. Insofern aber vor einem neu eintretenden factischen Zustande der durch letztern verdrängte Zustand, ein nothwendiger [3]) ist, ist auch das Beharren des zur Vollziehung eines zweiseitigen Contractes ohne vorgängige

---

recht des Klagenden aufschiebt, und das erste Factum des Vollzugs in dem einen Factum der Leistung des Klägers zusammentreffen. Allein dieß gibt der letztern nur eine doppelte Qualität, ohne die eine oder die andere Eigenschaft aufzuheben.

1) L. 2. I. de Verbor. Oblig. (3. 16.)

2) v. Wening-Ingenheim Lehrb. I. §. 170. a. E.

3) v. Wening-Ingenheim a. a. O. v. Savigny Recht des Besitzes. S. 136.

Leistung des Klägers Aufgeforderten im bisherigen Besitzstande ein nothwendiges und an sich rechtmässiges. Ihm gegenüber steht das Retentionsrecht als etwas nicht auf gleiche Weise in der Natur der Sache gegründetes, als eine durch Billigkeit eingeführte Vertheidigung des Beklagten. Das Recht zur Vorschützung der s. g. exceptio non adimpl. contr. ist eine Folge des eben noch nicht geschehenen Contracts-Vollzugs; das angeführte Retentionsrecht stützt sich auf eine, wenn auch auf das Streitobjekt bezügige, doch auf ganz anderm Grund, als dem der gegnerischen Ansprüche, beruhende Forderung.

Aber, läßt sich nun einwenden, die Gesetze selbst nennen die exceptio non adimpleti contractus ein Retentionsrecht, und gleich werden die Gegner unserer Meinung die L. 13. §. 8. D. de A. E. (19. 1.) und L. 22. D. de heredit. vel act. vend. (18. 4.) anführen. Diese Stellen sind also näher zu betrachten. Die erste derselben lautet:

Offeri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo, etsi pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit.

Man hat verschiedene Erklärungen dieser lex. Diejenigen, welche dieselbe für die Behauptung benützen wollen, daß die exceptio non adimpl. contr. eine Abläugnung eines Theils des Klagegrundes sey, können sich auf die Unbestimmtheit der Worte nondum est emto actio berufen. Auch kann man glauben, daß sich diese Worte auf das si pretii partem offerat beziehen und Ulpian nur den Satz hervorheben wollte, daß theilweises Anerbiethen des Kaufpreises die Einwendung des Beklagten nicht ausschließe. Aber fürs erste erklärt sich das

nondum ex emto actio hinlänglich aus den oben erklärten Gesetzen (siehe §. 8.), und es ist wohl Heerwarts Uebersetzung der Stelle [1]) vollkommen richtig, wenn er behauptet, sie heiße nur so viel, als: die Klage sey nicht mit Erfolg durchzusetzen. Sie steht also der Ansicht, daß nach röm. Recht eine exceptio vorhanden sey, nicht entgegen. Was das Hervorheben der Worte: si pretii partem offerat betrifft, als eines Satzes, der zum Zweck des ganzen Fragments die Erklärung der Unstatthaftigkeit theilweiser Zahlung machen soll, so ist dies wohl von keiner großen Bedeutung. Denn es hebt die, ohnehin nur als etwas sich von selbst Verstehendes in einem Zwischensatz hingeworfene Bemerkung dieser Unstatthaftigkeit theilweiser Zahlung die Bedeutsamkeit unsers Fragments in Beziehung auf die Frage: ob die except. n. ad. contr. eine exceptio sey, nicht auf. Als Grund für die Worte: nondum est ex emto actio wird nämlich angeführt, daß der venditor bis zur Zahlung des ganzen Kaufpreises ein Retentionsrecht an der verkauften Sache habe. Dieser letztere Ausspruch des Gesetzes läßt sich auch in der That nicht läugnen, und wird besonders bedeutsam, wenn sich nachweisen läßt, daß jedes Retentionsrecht eine Einrede bewirke [2]).

Ein ganz gleiches Resultat liefert die zweite Gesetzstelle, nämlich die L. 22. D. de heredit. vel actio vendita (18. 4.). Es heißt darin:

Hereditatis venditae pretium pro parte accepi, reliquum emtore non solvente. Quaesitum est, an cor-

---

1) Heerwart im Arch. VII. S. 344.
2) Siehe unten §. 11.

pora hereditaria pignoris nomine teneantur? Respondi, nil proponi, cur non teneantur.

Es ist auch hier das Recht des Verkäufers vor erhaltenem vollständigen Kaufpreise ein Retentionsrecht genannt, und dessen Aehnlichkeit mit dem Pfandrecht erwähnt.

Diese Stellen stehen aber mit der oben ausgeführten Meinung nur in scheinbarem Widerspruch. Wir sind nämlich vollkommen überzeugt, daß die s. g. except. non adimpl. contr. eine Art Retentionsrecht sey, aber nur nicht nach dem von den Rechtslehrern aufgestellten Begriffe.

Folgt man dem grammatikalischen Sinne von retinere, so bezeichnet es zunächst ein Beharren in dem Besitze einer Sache, als einem factischen Zustande, einerlei, ob man denselben aufzugeben eine Zwangsverbindlichkeit habe, oder nicht. Wenn aber bald der Begriff von Besitz auch über den Besitz eigentlicher Sachen ausgedehnt, und eine quasi possessio an unkörperlichen Gegenständen angenommen wurde, wodurch unter diesen Begriff überhaupt jeder factische Zustand fallen mußte, so mußte zu gleicher Zeit mit dieser Aenderung auch der Begriff von Retiniren dahin sich ändern, daß man darunter überhaupt das Beharren in einem factischen Zustande verstand.

In dieser Bedeutung brauchen alle nicht juristischen Schriftsteller [1]) das Wort retinere, und in vielen Gesetzesstellen [2]) wird dasselbe in gleichem Sinn gebraucht. Dem=

---

1) Caes. B. G. I. 18. Liv. XXX. 51. Terent Heaut. II. 4. 23. Cic. Att. XIII. 14. Virgil. Aen. V. 669. Plin. ep. X. 28. Ibid V. 6. Cic. Att. XIII. 33. und viele andere.

2) L. 19. §. 1. D. de servitut. praed. urb. (8. 2.). L. 7. D. de captivis (49. 15.) L. 84. D. de aquirenda vel omitt.

nach müßte Retentionsrecht die Befugniß in einem vorhandenen Zustande zu beharren seyn, und seine Erfordernisse wären nur

1) Besitz, als factischer Zustand, und
2) Befugniß, diesen aus irgend einem Grund fortzusetzen.

Auch scheint es nach den Gesetzen der vorigen Note, daß die juristische Bedeutung des Wortes Retentionsrecht keine von der gewöhnlichen, oben aufgestellten abweichende sey. Will man dieß aber behaupten, so wird man Gesetze nachweisen müssen, welche das einzige eine singuläre Bedeutung constituirende Merkmal, das Vorhandenseyn einer auf Herausgabe der Sache gehenden, sogleich geltend zu machenden Klage gegen den Besitzer, als ein wesentliches Merkmal im Begriffe des Retentionsrechts [1]) bestimmt angegeben.

Alle nun, welche einen vom grammatikalischen Sinne verschiedenen Begriff von Retentionsrecht aufstellen, thun dieß ohne Autorität der Gesetze. Nur von Wening-Ingenheim stützt sich auf Gesetze [2]). Doch auch diese Gesetze sagen nichts für seinen Begriff. Denn, wenn sie auch

---

heredit. (29. 2.) L. 12. D. de castrens. pecul. (49. 17.) L. 6. pr. D. de reb. auctor judic. (42. 5.) L. 1. D. de don. inter vir. et uxor. (24. 1.) L. 3. D. de conjungend. cum emancip. lib. (37. 8.) Noch fügt Faselius bei: L. 8. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) L. 16. §. 1. cod. de usufructu (3. 33.) u. L. 25. §. 1. D. de aquirenda vel amitt. possess. (41. 2.)

1) Ein Grund, warum der heutige Begriff von dem römischen verschieden seyn soll, läßt sich wohl kaum angeben.

2) L. 23. §. 4. L. 48. D. de R. V. (6. 1.) L. 1. pr. D. de pignor. (20. 1.)

Beiſpiele geben, wo ein Kläger gegen den Beſitzer vorhanden iſt, der eine actio nata hat, ſo ſagen ſie nur, daß im gegenwärtigen Fall eine actio nata vorhanden war, und deßwegen das vorhandene Retentionsrecht als Vertheidigungsmittel ſeine Wirkung äußerte, ohne daß ſie ausſprechen, die actio ſey eine Bedingung des Retentionsrechtes, und letzteres in andern Fällen gar nicht denkbar, welchen Ausſpruch doch der von Wening'ſche Begriff nach Not. 97. beſtimmt fordert. Nehmen wir aber an, daß der gewöhnliche grammatikaliſche Begriff von Retentionsrecht auch der juriſtiſche ſey, daß man alſo unter letzterm nur die Befugniß verſtehen könne, den Beſitz einer Sache fortzuſetzen, oder eine Leiſtung zurückzuhalten, gleichviel, ob dieſe Befugniß angegriffen werde, oder nicht, gleichviel, ob, wenn ein ſolcher Angriff geſchehe, ſolcher durch eine actio nata geſchehe, gegen welche nur ein Retentionsrecht, welches auf ſelbſtſtändigen Grund beruhe, geltend gemacht werden könne, oder nicht — wird ſich von ſelbſt die Benennung unſerer exceptio mit dem Namen Retentionsrecht rechtfertigen. Denn da, um noch einmal auf die Geſetze zurück zu kommen, Retentionsrecht Recht im Beſitze einer Sache zu bleiben heißt, unſerer Befugniß des Beklagten, vor empfangener Leiſtung des Klägers die eigene Leiſtung zurück zu behalten, aber eben der Charakter des Beharrens in einem Zuſtande eigen iſt, ſagt L. 13. §. 8. cit. mit vollem Recht: Venditor enim retinere potest eam rem, quam venditit, und eben ſo richtig die L. 22. cit.: Nil proponi, cur non teneantur. Wollte man aber den ſo eben verworfenen Begriff vom Retentionsrecht dieſen beiden Geſetzen unterlegen, ſo würde der Ausſpruch der Geſetze mit den von ihnen ſelbſt der exceptio non adimpl. contr. ertheilten Eigenſchaften im grellſten Wider-

spruch stehen, weil eben, wie oben erwähnt ist, eine actio nata, die durch genannte exceptio zu entkräften wäre, gar nicht statt fände.

Noch aber ist ein Punkt zu widerlegen, den man gegen unsere bisher entwickelte Ansicht einwenden könnte.

In beiden angegebenen Gesetzen ist das Retentionsrecht ob non impletum ab actore contractum mit dem Pfandrechte verglichen, indem es in dem ersten Fragment heißt: venditor enim quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit. Das 2te aber sagt: Quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur? und fährt fort: nil proponi, cur non teneantur. Die Vergleichung mit dem Pfandrechte will in unserer Lehre nicht viel heißen, weil diese nicht durchgreifend ist, und schon bei dem Käufer, und so auch bei jedem andern Contrahenten, der keine bestimmte species zu leisten hat, nicht paßt [1]. Doch könnte man daraus das Merkmal der Cautel und Sicherung des Beklagten gegen allenfallsiges Nichtleisten des Klägers abnehmen, und darauf die Meinung gründen wollen, daß unsere exceptio non adimpl. contr. doch ein Retentionsrecht sey, in dem Sinne, in welchem die von uns angegriffenen Schriftsteller es behaupten, weil der ihm inwohnende und in den Gesetzen deutlich ausgesprochene Charakter einer Cautel unverträglich sey mit dem Wesen desselben als eines nothwendigen, durch das noch Nichteintreten des Contractsvollzugs fortdauernden factischen Zustandes. Doch wird diese Meinung beseitigt, wenn man bemerkt, daß die Worte, welche auf diese Cautel sich beziehen, nur den Grund andeuten, warum die Klage eines jeden der Contrahenten an die

1) Arch. f. d. civ. Prax. VII. S. 346.

Bedingung der vorgangigen Erfüllung gebunden sey. Die Cautel liegt nämlich in der Verordnung selbst, daß vor Leistung von Seite desjenigen, welcher seine Contracts-Ansprüche geltend machen will, für ihn keine actio nata statt finden soll, und so wird durch sie, obgleich man sie als in der Vergleichung mit dem Pfandrecht allerdings liegend anerkennen muß [1]), der Charakter des Nichtleistens des Beklagten vor empfangener Gegenleistung nicht geändert.

§. 11.

β., in seinen Wirkungen.

Ihre eigentliche Bedeutung erhält die im vorhergehenden §. angestellte Untersuchung erst durch die Beantwortung der Frage, ob jedes Retentionsrecht nur eine exceptio bewirke. Denn ist dieß der Fall, so ist durch die bisherige Betrachtung über das Retentionsrecht auch der Beweis für die Existenz der except. non adimpl. contr. als wahrer Einrede geführt, da sie als Art des Retentionsrechts anerkannt ist.

Die Rechtslehrer [2]) erkennen ihm diese Wirkung zu; aber sie gehen dabei von ihrem von uns bestrittenen Begriffe von Retentionsrecht aus, und so ist ihre Aussage uns nur Autorität, so weit eben das Retentionsrecht den von ihnen als Begriff angegebenen Charakter annimmt. Leicht wird sich aber die Frage aus der Natur der Sache und zum Theil aus Gesetzen aufklären lassen.

---

1) Siehe oben §. 7. am E.

2) V. Wening Ingenheim Lehrb. I. §. 169. v. Savigny Recht des Besitzes. S. 16. Faselius Retentionsrecht. §. 22. Boehmer de jure retent. in electis jur. civ. II. exercit. 13. §. 16.

Da von exceptio die Rede seyn soll, wir auch mit römischen Gesetzen zu thun haben, wird bei dieser Frage, wie oben, der römische Begriff von exceptio von dem heutigen getrennt, und die Frage in Bezug auf beide Begriffe einzeln beantwortet werden müssen.

Nach römischem Recht wurde das Retentionsrecht gewiß dann immer durch Exception geltend gemacht, wenn dasselbe billigkeitshalber durch Vorbehalt des Prätors wirksam gegen das strenge Recht gemacht worden war. Denn in diesem Falle waren alle oben bestimmten Erfordernisse der römischen Exception vorhanden. Es sprechen daher in allen diesen Fällen die Gesetze von einer dem Beklagten zustehenden exceptio und nennen dieselbe exceptio doli [1]). Eben so gewiß aber ist es, daß da, wo Retentionsrecht schon in der Natur der Sache begründet war, z. E. weil nach strengem Recht eine Klage nicht vorhanden war [2]), der Beklagte zu seiner Vertheidigung eine exceptio nicht hatte, und auch nicht bedurfte, da ja hier einfache inficiatio hinreichte. Nach dieser Ansicht der Dinge gewährte das römische Recht auch wegen des Retentionsrechts ob non impletum contractum eine exceptio. Denn, daß die Erfordernisse der exceptio im röm. Sinne bei diesem Retentionsrecht vorhanden waren, ist schon oben gezeigt [3]). Und wenn auch bei demselben die actio unvollkommen begründet war, so ist zu bedenken, daß nur der Billigkeit halber die Bedingung der Erfüllung der Klage von den Gesetzen beigefügt wurde, nach streng-

---

1) W. Wening-Ingenheim a. a. O. v. Savigny Recht des Besitzes. S. 16. Faselius. §. 22. Not. b.

2) S. oben §. 1.

3) Siehe oben §. 7. a. E.

rechtlichen Begriffen actio nata vorhanden war, daß erst der Prätor diese Bedingung als Vorbehalt beisetzte, und die Erfüllung für die Zukunft zum Theil des Klagegrundes machte [1]).

Wenn es aber unzweifelhaft ist, daß jedes durch Billigkeit vom Prätor eingeführte Retentionsrecht eine exceptio wirke, wird für die exceptio non adimpl. contr. auch ohne Hülfe der übrigen Gesetze [2]) aus L. 13. §. 8. D. cit. allein dasselbe nachweisen lassen. Denn es stellt hier Ulpian als allgemeinen Billigkeitssatz auf: Offeri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur, und setzt als unausbleibliche Folge der Klagstellung ohne erfüllt zu haben bei: ideo si pretii partem offerat (was so viel heißt, als si non offerat, da theilweise Leistung der Nichtleistung gleichsteht) nondum est ex emto actio. Um aber den Causal-Zusammenhang zwischen dem non offerre und der ausgesprochenen Unwirksamkeit der actio klar zu machen, gibt er als alleinigen Grund an: Venditor enim quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit, mit welchem Satze aber die Behauptung, daß das Retentionsrecht, das dem Beklagten zustehe, eine exceptio gegen die Klage hervorbringe, einerlei ist. Mit dieser Bemerkung ist aber das nondum est ex emto actio und das in L. 57. D. de aedilitio edicto (21. 1.) ausgesprochene nisi pretium totum solverit, nil consequetur in seiner richtigen Bedeutung gegeben, um so mehr, da, wie Heerwart richtig bemerkt [3]), für das Dasein einer exceptio auch

1) Siehe oben §. 2. und §. 10.
2) Siehe oben §. 8.
3) Arch. a. a. O. S. 344.

in andern Stellen ähnliche zweifelhafte Ausdrücke gebraucht werden.

Anders verhält sichs nun aber nach heutigen Rechtsansichten. Da nämlich nur da eine Einrede vorhanden ist, wo ein selbstständiges, auf den Grund der Klage selbst sich nicht beziehendes factum vorhanden ist, wird nur dasjenige Retentionsrecht, das sich auf einen von den zur Begründung der Klage gehörigen Thatsachen verschiedenen Umstand stützt, eine exceptio seyn. So oft daher Beklagter eine Aeußerung macht, deren Inhalt die Behauptung ist, eine actio sey gar nicht vorhanden, wird keine exceptio vorhanden seyn. Ganz unbegreiflich scheint es daher, wie Heerwart [1]) dazu kommen konnte, das Retentionsrecht ob non impletum contractum dem Retentionsrechte gleich zu stellen, das dem Beklagten gegen einen Vindicanten wegen der auf die Sache gemachten Auslagen, gegen den auf Rückgabe des Pfandes klagenden Schuldner wegen chirographischer Forderungen zusteht. Wie heterogen diese beiden Arten des Retentionsrechts seyen, zeigt sich ja nach dem bisher Gesagten augenscheinlich. Dadurch, daß die Billigkeit es war, welche zur Begründung der actio emti oder einer andern aus einem zweiseitigen Contracte die Leistung des Klagenden forderte, wird jetzt keine Aenderung bewirkt. Denn der Unterschied zwischen strengem Recht und der Billigkeit, der die Römer veranlaßte, den Mangel später aus Billigkeit zur Begründung der Klage geforderter Merkmale durch exceptio rügen zu lassen, fällt weg; die Billigkeit ist jetzt zu strengem Recht geworden. Fehlen also Merkmale, welche Billigkeit noch zur Begründung der Klage forderte, so ist die Rüge dieses Mangels

---

1) Arch. a. a. O. S. 342.

gewiß nach unserm Sinne keine Exception, und es ergibt sich das bestimmte Resultat, daß, wenn die römischen Gesetze die s. g. exceptio non adimpl. contractus eine Exception nennen, sie nach unseren Ideen von Einreden nicht anwendbar sind, und eine Praxis auf dieselben sich nicht stützen lasse.

§. 12.

Wenn aber die Behauptung des Beklagten, Kläger habe seinerseits nicht erfüllt, die zum Zweck der Entkräftung der Ansprüche des Klägers vorgebracht wird, keine Einrede ist, was ist sie denn? — Die Rechtslehrer [1]) antworten: Die Abläugnung eines zum Klaggrund gehörigen Thatumstands. Die Beantwortung der Frage: ob diese Behauptung gegründet sey, wird daher Inhalt der folgenden Untersuchung seyn.

II. Ueber die Behauptung, die exceptio non adimpl. contr. sey Abläugnung eines Theils des Klagegrundes.

a.) Versuch der Begründung dieser Meinung aus dem Wesen der exceptio non adimpleti contractus als einer stillschweigenden Bedingung.

§. 13.

Schon oben, §. 9., wurde erwähnt, daß in dem Falle der exceptio non adimpl. contractus eine Actio nondum nata vorhanden sey aus dem Grunde, weil der Klage eine

---

1) Sieh oben §. 1.

Bedingung beigefügt sey, welche der Anstellung derselben so lange im Wege stehe, als sie nicht erfüllt sey [1]). Es unterliegt nun wohl keinem Zweifel, daß aus Bedingungen, welche einer Klage durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft beigefügt sind, woferne Kläger, ohne den Eintritt derselben abzuwarten, die Klage anstellt, dem Beklagten eine exceptio daraus erwachse, weil, obgleich es der Klage selbst aus dem Grunde der vorhandenen Obligation an Merkmalen nicht mangelt, doch der dem Wesen der Klage willkührlich besondere Bestimmungen beifügende Wille der Contrahenten ein selbstständiges, der Klage entgegentretendes Factum ist [2]). Denn es liegt diese Selbstständigkeit der Bedingung schon im eigentlichen Begriffe derselben [3]). Nur frägt es sich darum, ob es bei der in der exceptio non adimpl. contr. enthaltenen Bedingung sich eben so verhalte, und in der That scheint sie sich von andern sonst wohl beigefügten Bedingungen wesentlich zu unterscheiden. Betrachten wir sie nämlich näher, so ergibt sich, daß die Bedingung: Si ipse actor contractum ex latere suo impleverit, zu den gesetzlichen Bedingungen gehört. Denn die Gesetze sagen, es könne bei allen zweiseitigen Verträgen Beklagter, wenn Kläger nicht seinerseits geleistet habe [4]), seine Leistung zurückhalten, und die exceptio non adimpl. contr. ist, wie schon oben erwähnt, allgemein als Art des ge-

---

1) Pufendorf obs. II. 163. Cocceji I. C. XIX. tit. 1. qu. 1. Nro. 3. und qu. 3. Glück Com. XVII. S. 227. Wahl diss. cit. §. 23. Schweder diss. cit. §. 26.

2) L. 2. §. 4. L. 5. pr. D. de doli mali except. (44. 4.)

3) Thibaut Syst. §. 120. v. Wening-Ingenheim Lehrb. I. §. 135.

4) Man sehe oben §. 9.

seßlichen Retentionsrechts anerkannt [1]). Dadurch aber, daß die Gesetze verlangen, diese Bedingung solle zu jedem aus zweiseitigen Vertrage entstehendem Klagerecht ohne Unterschied hinzutreten, auch ohne daß die Contrahenten ausdrücklich oder stillschweigend sie hinzufügen, wird sie als bei jedem zweiseitigen Vertrage sich von selbst verstehend, anzusehen seyn, und eine Conditio tacita [2]) bilden. Es sagen daher Wahl [3]) und Schweder [4]) mit Recht, die exceptio non adimpl. contr. entstehe mit der obligatio und actio zugleich, und sey so innig verwebt mit ihr, daß der Kläger mit seiner Klage sie schon vorgebracht zu haben scheine, auch wenn der Beklagte sie nicht namentlich entgegen setze. Denn, wer möchte etwas bei einem Klagrechte sich von selbst Verstehendes nicht für wesentlich mit demselben verbunden, wer eine conditio tacita des Klagrechts für eine wahre auf einem nicht zu der Natur des ganzen Klagrechts selbst gehörigen Factum beruhende Conditio halten, da die Gesetze selbst [5]) solche Bedingungen, eben weil die sie begründenden Facta nicht selbstständig, sondern vielmehr Merkmale des Klagrechts sind, wie auch die Rechtslehrer [6]) als wahre Bedingungen nicht anerkennen? Wenn

---

1) Thibaut Syst. §. 311. und die dort citirten. v. Wening-Ingenheim. Lehrb. I. §. 169.

2) Man sehe die oben §. 13, Not. 1. allegirten Stellen aus Pufendorf und Cocceji.

3) Wahl. Diss. l. c.

4) Schweder conclusiones. l. c.

5) L. 12. D. de condit. institut. (28. 7.) L. 3. D. de legat. I. (30.) L. 99. L. 107. D. de condit. et demonstr. (35. 1.) L. 22. §. 1. D. Quando dies legat. (36. 2.)

6) Thibaut. Syst. §. 120. v. Wening-Ingenheim. Lehrb. I. 135. Voet. Comm. XXVIII. 7. §. 3.

diese Fakta aber Merkmale des Klagerechts sind, gehört gewiß vielmehr ihre Angabe in das Klaglibell als wesentlicher Theil desselben, und ohne ihr Vorhandenseyn und ihre Erwähnung scheint die Klage nicht begründet zu seyn [1]). Ein Grund aber läßt sich dann wohl gegen die Behauptung, daß die Rüge ihres Nichtvorhandenseyns Ablaugnung zum Klagegrunde gehöriger Thatumstände sey, schwerlich anführen. Und wenn wir uns, um zu beweisen, es sey unsere exceptio non adimpleti contractus kein Retentionsrecht im Sinne der Rechtslehrer, darauf beriefen, daß im Falle dieser exceptio actio nondum nata vorhanden sey, so müssen wir jetzt nach der bisherigen Untersuchung aussprechen, es sey noch nicht actio fundata vorhanden, weil eben Klagrecht noch nicht vorhanden ist, wenn für diesen Ausspruch uns auch kein weiterer Grund zur Seite stünde.

§. 14.

b. Begründung aus dem Begriff von Klagegrund.

Aber die nähere Betrachtung des Begriffs von Klagegrund und seiner nothwendigen Bestandtheile, und der Versuch, das Verhältniß der Leistung des Klägers zu denselben zu erforschen, gibt uns das gleiche Resultat.

Verstehen wir nämlich unter Klaggrund die Ursache der Befugniß, dasjenige gerichtlich zu fordern, was die Klage bezweckt [2]), so ist er der Inbegriff aller Voraussetzungen, die zur gerichtli-

1) Voet. XIX. tit. 1. Nro. 23. Brunnemann ad leg. 13. §. 8.

2) Martin Lehrb. des bürg. Proz. 9te Aufl. §. 82.

chen Anbringung einer Klage erforderlich sind [1]). Diese Voraussetzungen sind aber theils Thatsachen, theils Rechtsnormen [2]), unter welche jene erstern zu subsumiren sind, wenn ein Petitum als mit diesen übereinstimmend erscheinen soll, welches doch die Hauptbedingung gerichtlicher Beachtung des Gesuchs Klägers ist [3]). Insoferne ist daher der Klaggrund theils historisch, theils Rechtsklagegrund [4]). Denn es wird in der Klage die Uebereinstimmung einer Handlung mit der bestehenden Gesetzesnorm untersucht, und daraus dann gefolgert, was sich aus dem Mangel der Uebereinstimmung beider (der Rechtsverletzung) für den hiebei Interessirten als Resultat ergeben müsse [5]). Es erscheinen also als Theile des Klagegrundes:

1) Eine Rechtsnorm, unter welche ein Faktum zu subsumiren ist, und in welcher der Grund der Entstehung der Obligation aus bestimmten Thatsachen liegt [6]).
2) Die Angabe der hierunter zu subsumirenden Facta [7]) zum Behuf der Untersuchung ihrer Rechtlichkeit; dahin gehört:
   a. Die Angabe der Thatsachen, auf welche das Recht des Klägers seiner Entstehung nach sich gründet [8]), und auch
   b. derjenigen Handlung oder Unterlassung, wodurch Aufrufung richterlicher Hülfe, die ja nie

---

1) Linde Lehrb. §. 152.
2) Martin Lehrb. 144 u. 145. Gönner Hdb. II. S. 176 u. 177.
3) Gönner a. a. O. S. 178. Martin a. a. O. §. 144 und 145. Linde a. a. O. §. 191.
4) Linde. a a. O. §. 189 und 190.
5) Gönner a. a. O. S. 176. Linde §. 9.
6) Linde a. a. O. §. 152.
7) Gönner a. a. O. S. 176.
8) Linde a. a. O. Thibaut Syst. §. 1156.

selbstthätig, sondern nur auf Verlangen des Betheiligten wirkt [1]), veranlaßt werden kann, nämlich die bestimmte Angabe einer Rechtsverletzung [2]), als nothwendiger Bedingung jeder Klage [3]).

Aus der Anwendung dieser allgemeinen Sätze auf den speciellen Fall der zweiseitigen Verträge ergibt sich sogleich, ob die Anführung der Vorherleistung des Klägers im Libell wesentlicher Theil des Libells sey, oder nicht.

Zum Rechts-Klagegrund gehört dieselbe freilich nicht, indem dieser nur das Gesetz enthält, unter welchem der Consensualvertrag perfect wird, und die Obligation entsteht, derselbe daher in der Norm bestehet, daß z. E. bei dem Kaufvertrage, eine Verbindlichkeit durch den bloßen Consens ohne Hinzutreten eines andern factischen Umstandes entstehen soll. Auch zu den Factis, deren Nachweisung zur Behauptung der Existenz des Vertrags gehört, wird die Erwähnung der geschehenen Erfüllung nicht zu rechnen seyn. Alles kömmt also darauf an, worin die Rechtsverletzung bestehe? Die Antwort hierauf aber ist leicht. Sie besteht nämlich nur darin: daß Beklagter seiner Verbindlichkeit in der gehörigen Zeit nicht nachkömmt, d. h. darin, daß er sich in mora befindet. So wie also bestimmt ist, wann mora eintritt, ist auch das Eintreten der Rechtsverletzung bestimmt, und in den Grundsätzen über das Eintreten der mora bei zweiseitigen Verträgen scheint sich auch der zweite Grund

---

1) Linde §. 143.

2) Linde §. 152. Danz Grundsätze §. 70.

3) Burchardi Grundzüge des röm. Rechts. S. 192. Martin §. 1.

zu finden, aus dem die Angabe der Leistung des Klägers als Theil des Klaggrundes erscheint. Nach allgemeinen Grundsätzen traten die Wirkungen der mora nicht eher ein, als mit der Interpellation durch den Gläubiger, durch abgelaufene Zeit oder durch Facta [1]), an welche das Gesetz den Eintritt der mora knüpft. Von Seiten des Schuldners traten sie also nur durch außergerichtliche Mahnung ein, bis endlich, wie schon oben [2]) gezeigt ist, die Gesetze [3]) dieß anders bestimmten, und zum Eintritt der mora bei zweiseitigen Consensualgeschäften Leistung von Seite des zur Erfüllung Mahnenden forderten, und so dieselbe zum Theil der Interpellation seblst machten. Eine Rechtsverletzung war vor diesen Gesetzesbestimmungen vorhanden, wenn der aus einem zweiseitigen Vertrage Verpflichtete nach geschehener Aufforderung nicht leistete. Es konnte daher Interpellant sofort klagen. Jetzt aber, nachdem Leistung und Interpellation in eine Handlung zusammengeflossen sind, ist mora und mit ihr Rechtsverletzung dann erst vorhanden, wenn Beklagter nach geschehener Leistung des Klägers nicht leistet. Es ist mithin dann erst jedes Erforderniß zur Klagstellung vor Gericht vorhanden. Bevor aber auch dieß letzte Erforderniß eingetreten ist, ist nach Obigem kein Klagegrund vorhanden, und es müssen alle diejenigen Folgen den Kläger treffen, welche eben eine nicht begründete Klage hat.

---

1) Siehe oben §. 2.

2) Siehe oben §. 4.

3) Thibaut Syst. §. 105. und die §. 4. S. 12. Not. 2. unserer Abhandlung citirten Gesetze.

§. 15.

c. Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht Heerwarts.

Gegen die hiedurch begründete Behauptung, daß die exceptio non adimpl. contractus Abläugnung eines zum Klaggrunde gehörigen Thatumstandes sey, wie namentlich auch gegen die im vorhergehenden §. versuchte Ausführung ist, wie schon oben [1]) erwähnt wurde, Heerwart [2]). Seine Ansichten aber sind zur Befestigung unserer bisher aufgestellten Behauptungen näher zu betrachten.

Der Klaggrund, sagt er nämlich, kann nicht mehr und nicht weniger umfassen, als gerade die Thatsachen, welche gesetzlich erforderlich sind, damit die Verbindlichkeit entstehe, welche man eben durch die Klage geltend machen will. Demnach würde denn zur Entstehung einer vollgültigen Verbindlichkeit aus einem zweiseitigen Vertrage die Einwilligung der Contrahenten nicht genügen, sondern es müßte auch noch die Erfüllung hinzukommen; hierdurch aber würden dieselben aufhören, Consensual-Verträge zu seyn, (deren charakteristisches Merkmal es eben ist, daß die bloße Einwilligung eine vollkommene Verbindlichkeit producirt), und sie würden offenbar in die Sphäre der Realverträge hinübergehen. Gleichwohl aber sage Paulus in der L. 1. §. 2. D. de rer. permutatione (19. 4.)

> . . . alioquin, si res mondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem, quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emtione venditione, conductione, mandato.

---

1) Siehe oben §. 5.

2) Arch. f. civ. Pr. VII. S. 340 u. 341.

und noch bestimmter heißt es §. 1. I. de obligat. ex consensu (3. 23.)

Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia opus est, at nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.

Wie könne also wohl behauptet werden, daß beim Kauf, Pacht u. s. w. durch die vorgängige Erfüllung die Klage erst begründet werde?

Nach dieser Ansicht Heerwarts soll in diesen beiden Stellen ausgesprochen seyn, worin der Klaggrund bei zweiseitigen Consensual=Verträgen bestehe. Derselbe soll im vorhandenen bloßen Consense liegen, und dieß soll L. 1. §. 2. cit. durch die Worte: nudo consensu constitui obligationem" aussprechen, der §. 1. I. cit. aber durch das: „at nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio," indem erstere Stelle den nudus consensus als hinlänglich zur Begründung der Klage ansehe, letztere ausdrücklich die Leistung hiezu für unnöthig erkläre, beide Stellen also die Leistung für nicht zum Klagegrund gehörig, mithin die Behauptung der nicht geschehenen Leistung des Klägers nicht als Abläugnung eines Theils des Klagegrundes, sondern vielmehr als exceptio ansehen.

Gewiß aber kann man diese Ansichten nur dann theilen, wenn man Heerwarts Begriff von Klagegrund gelten läßt, auf welchen er die übrigen Behauptungen als Folgerungen baut. Dagegen aber läßt sich Folgendes erinnern:

1) Wahr ist es; vier Contracte haben die Römer, bei welchen zur causa civilis, d. h. zum Entstehen

einer Zwangsverbindlichkeit, zum Entstehen eines Contracts bloßer Consens hinreichen soll. Dieß aber, und auch nur dieß, sagen die allegirten Gesetze, und außer ihnen bestätigt dieß noch Gajus III. §. 135 und 136, und L. 2. pr. §. 1. 2. D. de O. et A. (44, 7). Eine Verwechselung strenge zu scheidender Begriffe aber ists, welche Heerwart zu den von ihm gegebenen Resultaten führt, nämlich der Begriffe von Klagbarkeit des Vertrags und Klaggrund. Jedes gehörig entstandene Recht nämlich ist klagbar, d. h. mit dem vorhandenen Vertrage entsteht die Befugniß, für den daraus Berechtigten sein Recht zu realisiren, und zwar durch richterliche Hülfe es zu realisiren. So auch bei den Consensualverträgen.

Die gerichtliche Realisirung ist aber an das Vorhandenseyn rechtswidriger Verhinderung der außergerichtlichen unerzwungenen Realisirung gebunden [1]), jede Klage also nur eventuell gestattet, für den Fall, daß der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit nicht nachkömmt, d. h. in mora ist. Erfüllung ist daher freilich kein Erforderniß der Entstehung der Verbindlichkeit, sondern nur, nach den oben angegebenen Grundsätzen über den Eintritt der mora, Erforderniß der Anstellung der Klage [2]). Aber, was Heerwart für den ganzen Klaggrund ansieht, ist nur ein Theil desselben, in so ferne nämlich, um klagen zu können, ein Recht und eine Verbindlichkeit vorhanden seyn muß [3]). Die von ihm citirten Gesetze geben nur die Norm, unter welche die Handlungen des Beklagten zu subsumiren sind,

---

1) Burchardi Grundzüge des röm. R. S. 193.

2) Burchardi a. a. O. Martin §. 1. Danz Grundſ. §. 70. Linde Lehrb. §. 152. Not. 8.

3) Sieh §. praeced.

nur den Obersatz zu dem Schlusse, aus welchem jede Klage bestehen muß.

Es muß als Untersatz die Angabe der Nichterfüllung des Beklagten ungeachtet der empfangenen Gegenleistung geschehen. Und diese Angabe ist gewiß als Angabe eines zur Anstellung der Klage wesentlichen Merkmals, Theil des Klagegrunds, man müßte denn vom Klagegrund die Geschichtserzählung als nicht zu ihm gehörig ansehen, wie es alle ältern Prozeßlehrer thaten [1]), was sich aber gewiß dann nur rechtfertigen läßt, wenn unter actio nur die rechtlich wirksame und gültige Obligatio [2]) verstanden wird, womit gewiß ihr heutiger Begriff [3]) nicht übereinstimmt.

2. Durch diese falsche Ansicht veranlaßt, kam auch Heerwart dazu, zu behaupten, „es gingen durch Aufnahme der Erwähnung der klägerischen Leistung in den „Klaggrund die Consensualverträge in Realverträge „über. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung geht aber „aus der Bemerkung hervor, daß ja die Erwähnung „der Leistung nicht in den Rechtsklagegrund, ja „nicht einmal in den Theil des historischen Klagegrunds gehört, welcher die die Obligation in „ihrer Existenz constituirenden facta enthält, „mithin nicht zu demjenigen Theile des gesammten Klagegrunds, auf welchem die Verbindlichkeit selbst „beruht, sondern nur in denjenigen, in welchen die „Angabe der Rechtsverletzung gehört. Die Aenderung der Bestimmung über den Eintritt der mora

---

1) Danz. Grds. des ordent. Prozesses §. 60.

2) Nach dem Actio est jus persequendi in judicio quod sibi debetur.

3) Martin Lehrb. §. 86. Linde Lehrb. §. 151.

»bei zweiseitigen Verträgen aber konnte, so gewiß sie »das Fundament der Klage ausdehnte, und mehr »Merkmale derselben erforderlich machte, so wenig das »Fundament der Verbindlichkeit ändern. Es »ist ja die Leistung des Klägers nur an die Stelle »der Interpellation getreten. Wenn man daher behaup»ten wollte, es ändere erstere den Grund der Entste»hung der Obligation, so müßte man auch behaupten, »es sey zur Begründung der Consensualverträge Con»sens nicht hinreichend gewesen, und es habe die zum »Vorhandenseyn der Klage stets nöthige Auf»forderung, an den Beklagten zu leisten [1]), zur Be»gründung des Rechts und der Verbindlichkeit gehört, »da man ihre Erwähnung von Seite des Klägers »stets fordert [2]). Auch die Zweiseitigkeit der Con»sensual-Verträge wird durch Aufnahme der Erwäh»nung der eigenen Leistung in den Klaggrund nicht »aufgehoben. Denn so wie durch Consens Recht und »Verbindlichkeit entstanden ist, steht es jedem Contra»henten frei, zuerst zu leisten [3]), und dadurch den an»dern in mora zu versetzen, was nicht möglich wäre, »wenn durch die Nothwendigkeit, zuerst zu leisten, »Realverträge entstünden, weil ja in diesem Falle »das Recht des andern Contrahenten erst durch die »Leistung des erstern entstünde. Durch diese »Art, mora zu erzeugen, ist freilich nur der in mora »versetzte Contrahent mehr zu leisten schuldig. Diese

---

1) L. 79. pr. D. de judiciis (5. 1.) L. 10. C. de pign. et hypoth. (8. 14.)

2) Danz. Grundf. des ordent. Proz. §. 70.

3) Voet. Comm. XIX. tit. 1. Nro. 23.

„Einseitigkeit ist aber nicht im Wesen des Contracts „selbst gegründet; sondern ist etwas, was als natürliche Folge der bereits geschehenen Erfüllung des „Vertrags von Seiten des einen Contrahenten nothwendig eintreten muß, da natürlich hiedurch rücksichtlich dieses Contrahenten die Verbindlichkeit getilgt „wird [1]).

Es stehen also Heerwarts Erinnerungen gegen die Aufnahme der Leistung des Klägers, als eines die Klage begründenden Faktums, in den Klagegrund der Behauptung, es sey die exceptio non adimpl. contr. Abläugnung eines zum Klagegrund gehörigen Thatumstandes, nicht entgegen. Es ist vielmehr nachgewiesen, daß die Leistung wirklich im Libell wesentlich sey, weil sie Bedingung der Existenz der Rechtsverletzung sey. Es ist gezeigt, daß sie, wenn auch nach römischen Gesetzen, doch nicht nach heutigen Begriffen eine Einrede sey, und so glauben wir, die von Heerwart angegriffene Ansicht in ihren wesentlichen Bestandtheilen gerechtfertigt zu haben. Es bleibt uns also nur noch übrig, unsern Satz in seinen Folgen zu beleuchten, was bei dem so häufigen Vorkommen [2]) der s. g. exceptio non adimpleti contractus in der Praxis höchst wichtig scheint. Dieß sey daher die Aufgabe der folgenden wenigen Paragraphen.

1) Thibaut Syst. 854. Not. x.
2) Heerwart im Arch. a. a. O. S. 335.

C. Folgen der bisherigen Ausführung.

§. 16.

Mit dem Nichtvorhandenseyn einer wahren exceptio im Falle, wo man sonst exceptio non adimpleti contractus der Klage entgegensetzte, fällt vor allem eine Reihe von Controversen hinweg, die in ihrer Existenz auf das Vorhandenseyn jener, als wahrer exceptio, sich stützen. Wenn daher die ältern Schriftsteller uneinig waren, ob die exceptio non adimpleti contractus eine peremtorische [1]) oder dilatorische [2]) sey, oder eine sogenannte anomala [3]), ob sie von Amts wegen ergänzt werden könne [4]), ob sie eine exceptio litis finitae sey [5]), ob sie auch den Bürgen und andern dabei Interessirten zustehe [6]), ob sie allen Klagen, sowohl petitorischen als possessorischen, ordentlichen

1) Wahl diss. cit. §. 25. Mev. decis III. 27. N. 4. Gail obs. II. 17. Struv. exercit. 46. th. 8. Zanger de except. III. 22.

2) Meyer coll. Argent. lib. 44. tit. 1. th. 4. Vultej. de judic. tr. lib. II. c. 2. Nr. 915. Heerwart im Arch. f. civ. Pr. VII. S. 352. Verschiedene Distinktionen, siehe bei Künhold diss. cit. § 3.

3) Schweder diss. cit. §. 20.

4) Wahl cit. §. 22. Schweder cit. §. 21. Künhold cit. §. 9. Heerwart a. a. S. 348. und ebend. Not. 19.

5) Wahl §. 21.

6) Wahl §. 26.

und summarischen entgegengesetzt werden könne [1]) u. s. w., so kann von allen diesen Controversen nicht die Rede seyn. Nur folgende Punkte sind näher zu beleuchten.

§. 17.

Die erste Folge der bisherigen Ausführung wird seyn, daß jede Klage aus einem zweiseitigen Vertrage, in welcher nicht angeführt ist, daß der Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt habe, oder zu erfüllen bereit sey, angebrachter Massen verworfen werden müsse [2]). Denn da die Praxis den Grundsatz hat, wegen nicht gehörigen Klagegrunds angebrachter Massen eine Klage abzuweisen [3]), so ist die Zulassung einer solchen Abweisung nur Resultat der Anwendung des Prinzips der Praxis auf unsern Fall. Doctrinelle Streitigkeiten über Zweckmäßigkeit und Zulassung der Abweisungen solcher Art [4]) können we=

---

1) Wahl §. 27.

2) Gensler Anl. zur juristischen Prax. Bd. I. S. 315. Bd. II. (herausgegeben v. Morstadt) §. 72. S. 3.

3) Heerwart a. a. O. S. 336. Danz Grds. §. 66. Not. b. Gensler a. a. O. Hefter Instit. S. 315. Not. 16. und Text hiezu. Mev. I. dec. 42. Boehmer J. E. P. I. 32. §. 31 und 35.

4) Es ist hier nicht der Ort, die Abweisung angebrachter Massen rechtfertigen zu wollen; nur sey der Bemerkung Raum gestattet, daß sie als nur die Form abweisend, und nicht über das Recht der Partheien entscheidend, gewiß die Natur eines Urtheils nicht hat, daß, weil sie nicht die Rechtskraft beschreitet, gewiß Appellationen dagegen nicht am rechten Orte sind, daß also die Hauptgründe, welche man gegen diese Abweisung gewöhnlich vorbringt, die Gründe, aus welchen dieselbe begünstigt werden zu können scheint, kaum an Kraft übertreffen, und daß der Umstand, daß die vielleicht zu mystische Formel:

nigstens auf keinen Fall Einfluß äußern, bevor sich Feststellung einer neuen Meinung an der Stelle der bisherigen Praxis nachweisen läßt, und rechtfertigen am wenigsten wohl die Ansicht, nach welcher, wegen des bestrittenen bisherigen Prinzips der Abweisung, eine Klagschrift ohne gehörigen Klaggrund zuzulassen, und dem Beklagten die Entgegenstellung einer sogenannten exceptio non adimpleti contractus überlassen wird [1]), d. h. einer exceptio, die keine ist. Wenn aber Heerwart [2]) in dem Mangel eines bestimmten Ausspruchs über die Verwerflichkeit einer Klage, welche den vielbesprochenen Punkt nicht enthält, einen Grund mehr für die Ausführung des in seiner Abhandlung enthaltenen Hauptsatzes findet, so frägt sich nur, wo er diese Verwerflichkeit ausgesprochen finden will.

„angebrachter Massen" wegen ihres großen Umfangs Mißverständnisse erregen kann, höchstens zu Einführung bestimmterer Formeln veranlassen, aber wohl schwerlich gänzliche Abschaffung der Abweisung wegen formeller Fehler und mangelnder, zum Klagegrund gehöriger Thatsachen rechtfertigen kann.

1) Arch. f. d. civ. Prax. V. S. 366. Der Umstand, daß der Kläger vielleicht von seiner Erfüllung nichts sagen wollte, weil er wußte, daß der Beklagte die Erfüllung nie läugnen würde, der im eben citirten Archive als Grund der Unpassendheit einer Abweisung des Klägers im Falle unserer s. g. exceptio angegeben wird, dürfte wohl schwerlich in Betracht kommen, da die Pflicht des Klägers, alle Facta, welche zum Behuf der Entscheidung des Rechtsstreits, nothwendiger Gegenstand der richterlichen Reflexion seyn müssen, anzuführen, von selbst willkührliche Weglassung solcher Thatumstände, die Kläger für sich von selbst verstehend hält, ausschließt.

2) Arch. Bd. VII. S. 336.

In den römischen Gesetzen diesen Ausspruch zu finden, möchte sehr schwer halten, da nach Mittermaier [1]), erst das kanonische und deutsche Recht durch Einführung der Klaglibelle im heutigen Sinne das Verwerfungsrecht des Richters förmlich begründete und der Gerichtsgebrauch des 16. Jahrhunderts erst der Formel: „angebrachter Massen“ ihr Entstehen gab. Gensler, der den gewünschten Ausspruch thut [2]), mißt Heerwart keinen Glauben bei, oder er kennt ihn nicht. In dem allgemeinen Grundsatze der Praxis für die Abweisung angebrachter Massen, welchen er anerkennt [3]), und worin wir unbezweifelt diese Abweisung für den Fall unserer s. g. exceptio festgesetzt finden, kann er aber freilich diesen Ausspruch nach seinen Ideen über das Wesen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht finden.

Eine zweite Folge wird seyn, daß die von allen Rechtslehrern [4]) getheilte Ansicht über den Beweis der s. g. exceptio non adimpleti contractus keine Unregelmäßigkeit weder rücksichtlich der Beweislast, noch des Beweissatzes enthält, und man nicht Heerwarts [5]) Theorie über den Beweis dieser Einrede beizupflichten braucht. Denn, wenn die Erwähnung der Leistung Theil des Klagegrundes ist, versteht es sich von selbst, daß Kläger überhaupt zu beweisen habe, und daß er die seinerseits geschehene Erfüllung des Contracts darthun müsse,

1) Arch. V. Bd. S. 357.

2) Gensler Anl. z. gerichtl. Pr. a. a. O.

3) Arch. VII. Bd. S. 336.

4) Voet. Comm. XIX. tit. 1. Nro. 23. und die übrigen oben in §. 1. S. 2. Not. 1. und 4. citirten.

5) Heerwart im Arch. VII. 349.

wie er vorher die mora des Beklagten durch Nachweisung der geschehenen Interpellation, wenn sie geläugnet wurde, nachweisen mußte. Auf jeden Fall aber irrt Heerwart darin, daß er überhaupt dem Beklagten den Beweis der Existenz von Gegenforderungen aufbürden will, da ja deren Existenz aus der Klage des andern Contrahenten selbst erhellt, weil diese auf einen zweiseitigen Contract sich stützt, dessen Wesen ohnedieß Erzeugung von Rechten und Verbindlichkeiten beider Contrahenten voraussetzt. Auch war dem Beklagten außerdem schon kein Beweis aufzulegen, da der Eintritt der Gegenleistung gesetzliche Bedingung des Klagrechts des seine Ansprüche verfolgenden Contrahenten ist, also die dem Richter obliegende Gesetzkenntniß Beklagten offenbar der Beweispflicht überheben muß.

Auch die fernere Frage, ob aus einem zweiseitigen Contracte executive geklagt werden könne, wenn auch von Seiten des Klägers die Erfüllung nicht sofort durch liquide Beweismittel dargethan werden kann [1], ist nach den oben ausgesprochenen Grundsätzen über das Wesen der exceptio non adimpl. contr. wohl nicht zweifelhaft. Sie muß offenbar verneint werden. Und mit Recht geschieht die Forderung, daß auch die Erfüllung des Klägers, wenn er executive klagen will, aus einem instrumento quarentigiato erhelle [2], da alle Punkte der Klage (hier also: Contract und seine Erfüllung) [3] durch Urkunden sogleich bewiesen werden müssen, um Executivverfahren überhaupt einzuschlagen. Heerwart [4] selbst hält es für consequent,

---

1) Arch. VII. S. 350 und 351.
2) Pufendorf obs. III. 210. Danz. summ. Proz. §. 30. Not. b.
3) Gönner Hdb. IV. S. 196.
4) Arch. a. a. O.

diese Ansicht zu befolgen, so wie man die Erfüllung für einen Theil des Klagegrunds hält, und mit ihm muß man Glücks [1]) Ansicht verwerfen, welcher, im Falle dem Imploranten die exceptio non adimpleti contractus entgegengesetzt wird, ohne daß die Erfüllung des Klägers aus Urkunden liquid ist, den Executivprozeß nach Wernhers [2]) und Wahls [3]) Ansichten so lange suspendiren läßt, bis Kläger den Beweis der Erfüllung geführt hat. Denn gewiß hat Heerwart Recht, wenn er es für unübereinstimmend mit den Grundsätzen des Executivprozesses erkennt, daß dem Kläger erlaubt wird, die seinerseitige Erfüllung des Contracts, als einen zum Klaggrund gehörigen Punkt, mit Hülfe der gewöhnlichen langsamen Beweismittel darzuthun, während doch die übrigen Punkte der Klage mit dem zum summarischen Verfahren nöthigen Urkunden-Beweise außer Zweifel zu setzen sind.

* * *

Interessant wäre es uns freilich, Heerwart in dem Fortgange seiner Abhandlung zu folgen, und auf die eben so wichtige, als höchst bestrittene Frage einzugehen, ob, und wie von der bisher betrachteten exceptio non adimpleti contractus sich die exceptio non rite impleti contractus unterscheide. Theils aber scheint die Zeit zur Anstellung dieser Untersuchung nicht mehr hinzureichen; theils auch fürchten wir, durch weitere Ausdehnung der Abhandlung in

1) Comm. XVII. S. 239.

2) Obs. Tom. II. P. VII. obs. 37.

3) Wahl diss. cit. §. 27.

der That, die Gränzen eines schriftstellerischen Versuchs zu überschreiten, der, als Inaugural-Dissertation, zunächst nur geschrieben wurde, um den akademischen Pflichten zu genügen. Und so finde dieser Versuch günstige und nachsichtige Leser und Beurtheiler!

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Lang, Alexander

Über die Einrede des nicht erfüllten Contracts Inaugural-Abhandlung

Regensburg 1829

J.pract. 345-23
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10555015-5